

1

COLECCIÓN
GREGORIO PECES-BARBA

**PERSPECTIVAS ACTUALES
DE LAS
FUENTES DEL DERECHO**

María del Carmen Barranco Avilés

Óscar Celador Angón

Félix Vacas Fernández

(Coordinadores)



Dykinson, S.L.

Departamento de Derecho Internacional,
Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 1

**PERSPECTIVAS
ACTUALES
DE LAS FUENTES
DEL DERECHO**

Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 1

PERSPECTIVAS ACTUALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Coordinadores

María del Carmen Barranco Avilés

Óscar Celador Angón

Félix Vacas Fernández



DPTO. DE DERECHO INTERNACIONAL,
ECLESIASTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2011

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels.: (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo editorial: véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9982-191-7
Depósito legal: M. 14.647-2011

Preimpresión e Impresión:
SAFEKAT, S. L.
Belmonte de Tajo, 55 - 3.º A - 28019 Madrid
www.safekat.com

ÍNDICE

PERSPECTIVAS ACTUALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

(Resultado del I Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho)

PRESENTACIÓN , Rafael DE ASÍS ROIG, Director del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho	9
---	---

PRIMERA PARTE: PONENCIAS DE EXPERTOS

1. Fuentes del Derecho y sociedad civil: la sociedad civil en la creación normativa	13
LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, <i>Fuentes del Derecho y comunidad civil</i>	15
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, <i>Las fuentes del derecho y su problemática actual</i>	39
ABAD CASTELOS, Montserrat, <i>Fuentes del Derecho y sociedad civil: la participación de ésta en la creación normativa, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional</i>	69
2. La incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros	93
CASTRO JOVER, Adoración, <i>La tutela de la libertad religiosa en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento interno español</i>	95
MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos, <i>Sistema normativo de la Unión Europea (naturaleza de las fuentes)</i>	121
GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, <i>La incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros</i>	131
3. Interculturalidad y fuentes del Derecho: concepciones de las fuentes del Derecho en las diferentes civilizaciones jurídicas...	153
LOSANO, Mario, <i>Las fuentes del Derecho Islámico</i>	155

MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, <i>Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio</i>	187
FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, <i>Interculturalidad y fuentes del Derecho: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional</i>	217

SEGUNDA PARTE: COMUNICACIONES

CAPODIFERRO CUBERO, Daniel, <i>La definitiva secularización de la legislación sobre la interrupción del embarazo en España</i>	241
DE SOUZA, Artur César, <i>Interculturalidade e Fontes do Direito - A ética da racionalidade do outro como princípio e critério objetivo na análise da interculturalidade e sua relação quanto à legitimação das fontes do direito</i>	253
GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, <i>El papel de los nuevos movimientos sociales en la regulación jurídica de la globalización</i>	271
HERMIDA DEL LLANO, Cristina, <i>Relaciones entre ordenamientos jurídicos en el ámbito de la Unión Europea</i>	285
LA SPINA, Encarnación, <i>La incidencia «interesada» de la Directiva 2003/86/CE en la última reforma de la Ley de extranjería española</i>	305
LÓPEZ RUIZ, Francisco, <i>La lex mercatoria: una excepción a la legitimidad del orden jurídico-político moderno</i>	319
LLOREDO ALIX, Luis, <i>Un paralelismo entre las teorías de los principios y la jurisprudencia de conceptos: la ruptura del puente entre las fuentes del Derecho y la sociedad civil</i>	343
MURCIA GONZÁLEZ, Andrés, <i>La configuración de un derecho cultural sobre lo religioso como una propuesta para la plena integración de las personas de origen musulman residentes en Europa</i>	359
PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, <i>Sobre algunas concepciones de la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana</i>	375

PRESENTACIÓN

Es para mí una gran satisfacción presentar el primer número de la «Colección Gregorio Peces-Barba» del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Hace ahora algunos años, pocos, los miembros del Departamento decidimos iniciar una actividad, normal en el ámbito universitario pero cada vez más difícil de realizar en los tiempos que corren: reunirnos en el ámbito de un Seminario para discutir cuestiones de interés común. Pues bien, esta obra es el primer fruto de esa iniciativa.

Tengo que reconocer que no ha sido fácil. El Departamento está formado por profesores e investigadores vinculados a otros centros de la Universidad y que desarrollan en ese ámbito una importante actividad. La calidad de la investigación y la docencia del Departamento está fuera de toda duda, como lo demuestran los indicadores normalmente utilizados en este ámbito, pero, no obstante, tradicionalmente esta actividad se hace desde esfuerzos individuales o, como mucho, en el ámbito de los grupos de investigación o de las áreas que lo componen. Por otro lado, a pesar de que éstas áreas y grupos tienen intereses investigadores comunes, en la Universidad Carlos III de Madrid estas cuestiones se abordan ya en otros marcos, no siendo pertinente repetir temas ni estructuras. Pero es que además, en la Universidad española vivimos momentos de cambio que afectan a cuestiones tan importantes como nuestra metodología docente e investigadora y que nos hacen dedicar a ellas un tiempo relevante de nuestro trabajo. Tiempo que también se consume por la constante evaluación a la que estamos sometidos y por la ingente actividad de gestión, cada vez más compleja. Pero aun así, hemos sido capaces de llevar a buen término esa iniciativa, gracias al esfuerzo de todos y, principalmente, de quienes aparecen como coordinadores de este volumen: MARÍA del Carmen Barranco, Oscar Celador y Félix Vacas.

Este primer número está dedicado al examen de la Fuentes del Derecho desde un enfoque contemporáneo. Para ello hemos contado

con la participación de importantes profesores de diferentes Universidades y de relevantes miembros de nuestro Departamento. Pero además, hemos sido capaces de atraer a jóvenes investigadores. Las jornadas del Seminario, celebradas en tres fechas distintas a lo largo del curso 2009-2010 fueron, sin lugar a dudas, todo un éxito, tanto de participación como de discusión.

Hemos querido identificar la colección con el nombre de un profesor del Departamento, referente del grupo de filósofos del Derecho que lo componen pero, además, del resto de sus profesores. Un profesor que, además, dirigió nuestra Universidad durante sus primeros dieciocho años y que siempre apoyó a nuestro Departamento. Un profesor cuya talla científica y personal es, sin duda, uno de los grandes valores de nuestro Departamento.

RAFAEL DE ASÍS ROIG
Catedrático de Filosofía del Derecho
Director del Departamento de Derecho Internacional Público,
Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Noviembre de 2010

**PRIMERA PARTE:
PONENCIAS DE EXPERTOS**

1. Fuentes del Derecho y sociedad civil: la sociedad civil en la creación normativa

FUENTES DEL DERECHO Y COMUNIDAD CIVIL

DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ

*Catedrático emérito de la Universidad Complutense y Director de la cátedra
«Laicidad y Libertades Públicas» de la Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO:—1. Introducción.—2. Puntos de partida: 2.1. Derecho consagrado en el art. 16 CE; 2.2. Laicidad y las confesiones como fuente de Derecho; 2.3. Separación sin confusión, neutralidad y cooperación; 2.4. Técnicas de relación entre un ordenamiento estatal y uno confesional.—3. Sociedad civil, Derecho confesional y Derecho secular: 3.1. Los distintos tipos de confesiones; 3.2. El derecho de asociación (su ejercicio) y la creación de Derecho; 3.3. El derecho confesional como fuente de Derecho secular. 4. Los acuerdos de cooperación con las confesiones: 4.1. Los acuerdos como fuente del Derecho secular. 5: Remisión material y el presupuesto en los acuerdos vigentes: 5.1. El derecho confesional como derecho estatutario; 5.2. Otros supuestos de remisión material; 5.3. Algunos ejemplos de presupuesto.

1. INTRODUCCIÓN

Si he entendido bien, el título de mi intervención sería más o menos el siguiente: «Fuentes del Derecho y comunidad civil desde la perspectiva del Derecho eclesiástico», lo que evidentemente no es lo mismo que «Fuentes del Derecho eclesiástico».

Me parece a mí que el título alude a la última fuente material de producción del Derecho, la soberanía popular, y a las fuentes formales del derecho: ley, costumbre y principios generales del derecho según reza el art. 1.1 del código civil y a la relación entre ellas, es decir a cómo la primera influye *directamente* en la creación de las segundas.

Pero el título añade algo más que acota con mayor precisión el contenido al que debo ceñir mi exposición: desde una determinada perspectiva, la perspectiva del eclesiasticista.

Más explícitamente, de lo que debo hablar y la cuestión a la que debo contestar es qué vías específicas ofrece el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho de libertad de conciencia, especialmente en su vertiente colectiva en expresión de nuestro TC, para crear Derecho y contribuir así a la formación del ordenamiento jurídico. También las comunidades religiosas (confesiones religiosas) forman parte de la sociedad civil y por el momento son las únicas asociaciones de libertad de convicción reconocidas como tales por el ordenamiento español en el que existe una Ley Orgánica de Libertad Religiosa, pero no un Ley Orgánica de Libertad de Conciencia o Convicción que contemple este derecho, también en su vertiente colectiva, como exigiría el pleno desarrollo del art. 16.1 CE.

Soy consciente de que el tema podría abordarse con otro enfoque, sin abandonar la perspectiva eclesiasticista: indagación de la influencia de las confesiones en un país pluralista en la conformación de la opinión pública sobre determinados temas inseparables de la moral y en la crítica de las decisiones de los poderes públicos, empezando por la legislativa, o a través de su participación en la realización de tareas estatales, sociales, educativas, etc. Pero entiendo que no es eso ni lo que se me pide ni lo que se espera de mí. De uno y otro tema ya he tenido ocasión de ocuparme en algún otro momento¹. Me limitaré a hablar del Derecho confesional como posible *fuerza formal* del ordenamiento secular.

2. PUNTOS DE PARTIDA

2.1. Derecho consagrado en el art. 16 CE

Se habrá observado ya, que me he referido al ejercicio del derecho de libertad de conciencia y no simplemente al de libertad religiosa, por entender que el derecho de libertad de conciencia como derecho de libertad de convicción lo es tanto de convicciones religiosas como

¹ «Focos de tensión entre la iglesia católica y el Estado español», en *Jornadas de teología de León* (septiembre, 2009), en prensa y «El principio de «subsidiariedad horizontal» en el ordenamiento español», en *Federalismo, regionalismo e principio de sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti professionali*, (a c. CIMBALO e ALONSO PÉREZ, Giappichelli, Torino, 2005).

seculares² y que es ese único derecho, que contiene distintas libertades, el que consagra el art. 16 CE. Con la expresión «en su vertiente colectiva» (la libertad de asociación forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 16 CE, según el TC³) me refiero tanto a las confesiones religiosas como a las asociaciones filosóficas para utilizar la misma expresión que utiliza el Tratado del Funcionamiento de la UE en su art. 17, enlazando con las *Weltanschauungen* del art. 137 de la Constitución de Weimar incorporado a la vigente Ley fundamental de Bonn, aunque en nuestro ordenamiento sea esta una asignatura todavía pendiente⁴.

² STC 292/1993, FJ 5, párr. 2: «...la libertad ideológica, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista que basado en la tolerancia y respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto del fenómeno religioso y al destino último del ser humano, y así lo manifiesta bien expresamente el Texto constitucional al diferenciar, como manifestaciones del derecho, «la libertad ideológica, religiosa y de culto» y «la ideología, religión o creencias».

³ STC 46/2001, FJ 5, párr. 1: «En este mismo sentido es de apreciar que la propia formulación constitucional de este derecho permite afirmar que las comunidades con finalidad religiosa, en su estricta consideración constitucional, no se identifican necesariamente con las asociaciones a que se refiere el art. 22 de la Constitución. Una comunidad de creyentes, iglesia o confesión no precisa formalizar su existencia como asociación para que se le reconozca la titularidad de su derecho fundamental a profesar un determinado credo, pues ha de tenerse en cuenta que la Constitución garantiza la libertad religiosa «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16.1 CE). Por ello mismo, como derecho de libertad, la libertad religiosa no está sometida a más restricciones que las que puedan derivarse de la citada cláusula de orden público prevista en el propio art. 16.1 de la Constitución. Desde esta perspectiva debemos excluir de nuestro enjuiciamiento tanto la alegada lesión del derecho fundamental de asociación garantizado por el art. 22 CE, como la también invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia ex art. 24.2 CE, que, a la vista del objeto del recurso, debemos entender referida a la aplicación del límite del «mantenimiento del orden público protegido por la ley» dispuesto en el art. 16.1 de la Constitución. En definitiva, se trata de determinar si la resolución administrativa de la Dirección General de Asuntos Religiosos, por la que se denegó a la «Iglesia U.» su acceso al Registro de Entidades Religiosas, vulneró o no el derecho a la libertad religiosa en su vertiente colectiva; y, en relación con ello, si la cláusula de orden público, límite intrínseco al ejercicio del derecho establecido por el propio art. 16.1 de la Constitución, fue aplicada en el caso de forma constitucionalmente adecuada y con observancia del contenido constitucional del mencionado derecho fundamental».

⁴ Véase LISTL, J., *Das Grundrecht des religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland*, Dunker u. Humbolt, Berlín, 1971.

2.2. Laicidad y las confesiones como fuente de Derecho

La posibilidad de que las confesiones religiosas puedan convertirse en fuente de nuestro ordenamiento choca con un principio fundamental del sistema democrático, la *laicidad* como garantía, la única garantía realmente eficaz, del derecho de libertad de conciencia o, para mejor decir, del derecho de igualdad en la libertad de conciencia⁵, fuente permanente del pluralismo sin el que es inconcebible la democracia. Cuatro son las exigencias fundamentales de la laicidad:

a) Exclusión de cualquier tipo de confusión entre sujetos, funciones o fines religiosos y seculares⁶.

b) Configuración de las confesiones por el ordenamiento jurídico secular como asociaciones no lucrativas de interés particular, sin que modifique ese status su mención expresa en el texto constitucional que, en contra de lo que algunos defienden, no legitima su tratamiento o configuración como «asociaciones de relevancia constitucional», ya que esta categoría se fundamenta no en la mención constitucional, sino la función que les asigna el texto constitucional a algunas asociaciones como los partidos políticos o los sindicatos; la Constitución no asigna función constitucional alguna, ni lo permitiría la laicidad, a las confesiones religiosas. En expresión del TC nunca pueden equipararse a las entidades públicas ni ocupar una posición jurídica similar⁷.

Los principios y criterios religiosos no pueden nunca erigirse en parámetros de las decisiones de los poderes públicos, ni para tomar esas decisiones ni para enjuiciarlas⁸.

La laicidad exige que todas las instituciones públicas sean ideológica y religiosamente neutrales⁹.

La laicidad garantiza a las confesiones autonomía interna de organización y funcionamiento (art. 6.1 LOLR), pero esa autonomía tiene como límite el orden público tal como lo define el art. 3.1 de la misma Ley: derechos fundamentales de los demás, seguridad, moral y salud públicas en un sistema democrático.

⁵ Idea clave en el libro de NUSSBAUM, M. C., *Libertad de Conciencia. Contra los fanatismos*, Tusquets, Barcelona, 2009, cuya lectura recomiendo vivamente.

⁶ STC 24/1982, FJ 1, párr. 1.

⁷ STC 340/1993, FJ 4, D y E.

⁸ STC 62/1982, FJ 3 y 5; STC 46/2001, FJ 4. párr. 2.

⁹ STC 5/1981, FJ 9, párr. últ.

2.3. Separación sin confusión, neutralidad y cooperación

La *separación* y la *neutralidad* como subprincipios integrantes del de laicidad, el primero al servicio del segundo, se complementan con la posibilidad de la *cooperación* de los poderes públicos con las confesiones religiosas; lo que justifica el adjetivo *positiva* que el TC atribuye a la laicidad tal como la configura nuestra Constitución, separándose de la fórmula francesa¹⁰. Si tenemos en cuenta la fórmula imperativa del art. 16.3 CE y la doctrina del TC, es preciso distinguir dos tipos de cooperación constitucionalmente legítima, sin comprometer la laicidad: *obligada* y *discrecional*; la primera es la *asistencial* o *prestacional* que especifica el art. 2.3 de la LOLR; la segunda la que tiene su fundamento en el *status* que la inscripción registral atribuye a las confesiones en los arts. 5 y 6.1 de la LOLR: protección penal especial, seguridad social del clero, reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso, etc.

Este es el marco que delimita el campo en el que debo moverme y, dentro de las coordenadas que lo sitúan, quiero intentar mostrar cómo por la vía del ejercicio colectivo de un derecho fundamental, como es la libertad de conciencia, y del correspondiente derecho de asociación, es posible la participación en la creación de normas que pasan a formar parte de ordenamiento jurídico.

2.4. Técnicas de relación entre un ordenamiento estatal y uno confesional

Aunque se trata en algún caso de categorías elaboradas a partir de otras del Derecho Internacional Privado, hechas las debidas correcciones y matizaciones, categorías como las diversas concreciones de la *remisión*, propias de las relaciones entre dos ordenamientos estatales, también pueden ser aplicadas a los supuestos de la relaciones entre un ordenamiento estatal con uno confesional.

El ordenamiento estatal puede reconocer validez en el propio ámbito a normas de un ordenamiento confesional, o bien puede reconocer eficacia a actos y negocios jurídicos nacidos al amparo de un ordenamiento confesional, convirtiendo a éste, en ambos casos,

¹⁰ STC 46/2001, FJ 4, párr. 2; véase el voto particular.

en fuente de derecho estatal. En el primer caso, estamos ante la figura de la *remisión, formal o material, recepticia o no recepticia*; en el segundo, ante la del *reconocimiento de efectos* o ante la del *presupuesto*.

En la remisión formal la norma confesional no es recibida como civil por el ordenamiento del Estado, como si la incorporara al propio ordenamiento; simplemente se remite a ella como norma del otro ordenamiento. De manera que ha de ser aplicada e interpretada por los órganos confesionales correspondientes con arreglo a los principios hermenéuticos confesionales. En las relaciones entre los ordenamientos de dos Estados en las que rige el principio de reciprocidad esto no plantea ningún problema siempre que quede a salvo el orden público. No acontece lo mismo cuando el ordenamiento al que se remite el estatal es un ordenamiento confesional. La imposición como civilmente obligatorias de normas confesionales implica inexorablemente la violación de la libertad de conciencia de los ciudadanos y a la par se desnaturaliza a la norma confesional y se lesiona la soberanía legislativa y/o jurisdiccional del Estado. De ahí que esta técnica no sea aplicable en el caso de que se trate de un ordenamiento estatal laico como el nuestro.

Otra cosa es que la *remisión sea material o recepticia*, al ser considerada la norma confesional como norma materialmente incorporada al ordenamiento secular en cuanto nacida del ejercicio de las competencias de autoorganización que el ordenamiento civil reconoce a la confesión como asociación civil. En este caso el competente para aplicar e interpretar la norma es el juez civil con arreglo a los principios hermenéuticos civiles. No hay aquí ni desnaturalización de la norma canónica, ni lesión de la soberanía legislativa o jurisdiccional del Estado, ni riesgo de violación de la igualdad en la libertad de conciencia de los ciudadanos. Es más. Como luego veremos, puede ser una respuesta adecuada a la necesidad o conveniencia de la legítima cooperación del Estado con las confesiones religiosas.

Si nos atenemos a los datos que nos aporta el Derecho comparado caben dos variaciones de lo que se ha convenido en llamar *reconocimiento de efectos*: 1.^a) que el ordenamiento secular remita al ordenamiento confesional, tanto la determinación de los requisitos de validez del negocio jurídico, como la de los efectos del mismo: los requisitos de validez civil son los confesionales y se atribuye eficacia civil a los efectos canónicos; 2.^a) el ordenamiento secular reconoce competencia al ordenamiento confesional para la determinación de

los requisitos de validez del negocio jurídico, pero no la determinación de sus efectos civiles que serán los que determine la ley civil, no los que determine el ordenamiento confesional. En ambos casos se da indirectamente una remisión formal y por tanto cabe decir que se trata de una fórmula que no tiene cabida en un ordenamiento laico.

Algo completamente distinto de lo que ocurre en el caso del *presupuesto* que tiene a su vez dos versiones: *presupuesto como negocio jurídico* y *presupuesto como hecho jurídico*.

En la primera de esas dos formas, el ordenamiento estatal reconoce validez y eficacia a un negocio jurídico nacido al amparo de un ordenamiento confesional solo si reúne los requisitos de validez requeridos por el ordenamiento civil como condiciones de validez atribuyéndole los efectos civiles determinados por el ordenamiento civil. Es lo que ocurre con el negocio jurídico matrimonial en el llamado modelo anglosajón de sistema matrimonial.

En la segunda, a lo que reconoce efectos civiles el ordenamiento secular no es a una declaración de voluntad como tal, sino a un hecho jurídico-canónico o a una declaración de voluntad sólo como hecho jurídico-canónico. En este caso, tanto las condiciones de validez como la competencia jurisdiccional le corresponden a la autoridad confesional, pero el ordenamiento del Estado le reconoce validez en el propio ámbito como mero hecho jurídico en tanto que mero presupuesto de su propia declaración de voluntad. Tal es lo que ocurre cuando el ordenamiento secular concreta las condiciones de la seguridad social de clérigos y religiosos, o cuando reconoce como civilmente válida la certificación expedida por el Obispo sobre el carácter religioso de una asociación que pretende inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas.

3. SOCIEDAD CIVIL, DERECHO CONFESIONAL Y DERECHO SECULAR

Tres son las temas a los que debo referirme: a las confesiones y a su Derecho como Derecho estatutario, a los distintos tipos de confesiones determinantes de la mayor o menor cercanía a la base social y al Derecho confesional como fuente del Derecho secular.

3.1. Los distintos tipos de confesiones

En relación con la expresión «fuentes y sociedad civil» no es ocioso recordar que esa conexión es mayor o menor según el tipo de confesiones de las que estemos hablando. La participación de la base, de la sociedad en definitiva, para la creación de su ordenamiento estatutario, no es siempre la misma. Depende de su autoconcepción y del correspondiente modelo de organización y funcionamiento internos. Tres son los modelos básicos: las confesiones de estructura y funcionamiento jerárquicos de las que es ejemplo paradigmático la iglesia católica; las de estructura y funcionamiento sinodales en las que prima el principio de autonomía de cada comunidad y el de colegialidad, de manera que las decisiones comunes son tomadas colegiadamente por quienes ostentan el puesto cimero dentro de cada comunidad (iglesia ortodoxa); y finalmente las congregacionistas que tienen organización y funcionamiento democráticos, en las que el órgano supremo de decisión es la asamblea general.

3.2. El derecho de asociación (su ejercicio) y la creación de Derecho

De conformidad con la regla general, la mera aprobación de los estatutos de la asociación ya implica una participación en la creación de normas integradas en el ordenamiento jurídico general, ya que el derecho estatutario forma parte directamente de ese ordenamiento. En él tiene su fundamento y su fuerza de obligar. Esta es la regla general.

Pero esta regla general quiebra en el caso de las confesiones religiosas.

En su caso hay que distinguir entre las normas del ordenamiento general (LOLR y como subsidiaria la LODA) que les son aplicables para su reconocimiento y funcionamiento como asociaciones civiles y las que integran su propio ordenamiento interno. En virtud de la separación y de la neutralidad, la laicidad en definitiva, su ordenamiento jurídico interno es autónomo, con los límites ya indicados, y el fundamento de obligar de sus normas para sus fieles es la fe.

La cuestión que aquí nos planteamos es la siguiente ¿Pueden normas confesionales del ordenamiento interno de una confesión adquirir fuerza jurídica de normas seculares y, caso de respuesta positiva, cómo? ¿Lo permiten las exigencias de separación y neutralidad de la laicidad? ¿Lo exige o al menos lo permite la cooperación? Estamos planteando la posibilidad y el cómo de que el Derecho confesional se convierta en fuente del Derecho secular.

3.3. El Derecho confesional como fuente de Derecho secular

El Derecho secular y el Derecho confesional son esencialmente diferentes. La fuerza de obligar de sus normas tiene un distinto fundamento en uno y otro. La soberanía popular expresada en la ley en los ordenamientos democráticos y la fe en los confesionales. De ahí que las normas confesionales emanadas de las autoridades religiosas solamente obliguen a los fieles, no a todos los ciudadanos, en tanto que las normas seculares obliguen a todos los ciudadanos con independencia de que sean fieles de esta o aquella confesión o de que no lo sean de ninguna; más aún, las normas confesionales, en razón del fundamento de su fuerza de obligar, vinculan a su destinatario tanto en el fuero externo como en el interno y caso de colisión entre ambos fueros, prevalecerá el interno sobre el externo con debilitamiento del principio de seguridad jurídica, en tanto que las normas seculares obligan sólo en el fuero externo y lo probado prevalecerá sobre lo realmente querido y, de ese modo, la voluntad interna sobre la manifestada justamente para garantizar la más plena seguridad jurídica.

La validez de las normas confesionales como normas seculares *puede* entrañar una violenta desnaturalización de ellas (lo confesionalmente valioso es el cumplimiento interno, no el externo) y al mismo tiempo una palmaria violación del derecho de libertad de conciencia de los ciudadanos al imponerles como obligatorio el cumplimiento de una norma confesional.

Para que tengan tal eficacia civil las normas confesionales es necesario que los ordenamientos seculares las acojan en su seno como normas del propio ordenamiento secular (remisión material o derecho estatutario), respaldándolas con su autoridad, o que reconozcan efi-

cacia civil a determinados negocios jurídicos nacidos al amparo de las normas confesionales, siempre que los requisitos de validez exigidos por el Derecho confesional sean subsumibles o coincidan con los exigidos por el ordenamiento civil (presupuesto).

El principio de cooperación abre esa posibilidad con el límite infranqueable de las exigencias de la laicidad.

No sólo en el caso de que esa cooperación sea *necesaria* (*cooperación obligatoria*) para crear las condiciones que hagan posible que la igualdad y la libertad de conciencia sean reales y efectivas o para eliminar los obstáculos que se opongan a su plenitud (art. 9.2 en relación con el 16.3, ambos de la CE), sino también cuando simplemente *faciliten* el ejercicio de la igualdad en la libertad de conciencia (*cooperación discrecional*) al amparo de los arts. 5 y 6.1 de la LOLR.

En cualquiera de estas modalidades, la cooperación puede tener lugar por vía unilateral o bilateral. En ningún caso son necesarios acuerdos. El Estado puede decidir unilateralmente ese tipo de cooperación si lo considera necesario para la real y efectiva protección en su plenitud del ejercicio de los derechos fundamentales de igualdad y libertad de conciencia de sus ciudadanos.

Eso explica que en nuestro ordenamiento nos encontremos con ejemplos de ambos supuestos. Hay sólo cuatro confesiones que tengan firmados acuerdos de cooperación con el Estado español, lo cual no quiere decir que no haya previsiones de remisión o supuesto sin necesidad de previo acuerdo. Me limitaré a dar un ejemplo: el art. 59 de código civil: «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, *en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste*» (art. 59 CC).

4. LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN CON LAS CONFESIONES

Una de las fórmulas posibles para encauzar la cooperación es el acuerdo del Estado con la confesión o confesiones, pero conviene distinguir entre los acuerdos mismos como posibles fuente del derecho secular y, aunque puedan estar contenidos en él, los supuestos de remisión o supuesto.

En el primer caso las normas contenidas en el acuerdo, en cuanto *pactadas*, se convierten en virtud de su promulgación como leyes, en normas del ordenamiento jurídico estatal. En el segundo, normas originalmente confesionales, son asumidas como propias por el ordenamiento estatal o se concede validez jurídica secular a actos o negocios jurídicos nacidos al amparo de normas confesionales.

4.1. Los acuerdos como fuente del Derecho secular

4.1.1. Contenido

Al lado de normas que no son más que concreción de fórmulas de cooperación obligada, recogidas en leyes unilaterales estatales como las referidas a la asistencia religiosa en establecimientos públicos en régimen de internado, se incorporan al ordenamiento estatal normas en las que se regulan aspectos nuevos como el estatuto jurídico civil de las confesiones religiosas, su régimen tributario, el estatuto jurídico de la enseñanza confesional en los centros públicos de educación, la colaboración del Estado en la financiación de las actividades religiosas, bordeando o traspasando incluso los límites impuestos por la laicidad.

Como normas *pactadas*, hasta ahí llega la voluntad de la asociación y, más o menos indirectamente, la de una parte de la sociedad civil que se siente representada por esa confesión e identificada con sus fines.

4.1.2. Diferencias más significativas entre los dos tipos de acuerdos como fuentes de Derecho

Intentaré poner de relieve las diferencias de los acuerdos de cooperación firmados en el año 1992 con protestantes, judíos y musulmanes con los acuerdos firmados en el año 1979 con la Santa Sede.

a) No insistiré en algo que se ha puesto de relieve constantemente por unos y por otros: los primeros son acuerdos de Derecho público interno en tanto que los segundos tienen la consideración de tratados internacionales con las consiguientes mayores dificultades de revisión, modificación o derogación de estos últimos y el riesgo de violación del

principio de igualdad y no discriminación por razón de las creencias y de las convicciones.

Se han resaltado en cambio menos otras diferencias acaso de consecuencias de más hondo calado: la diferente perspectiva y los diferentes principios informadores, el distinto papel del mutuo consentimiento en su interpretación y aplicación, o la relación del acuerdo con la ley que lo aprueba.

b) Diferencias de perspectiva y de principios informadores.

Los acuerdos con la Santa Sede tienen como perspectiva los derechos de la Institución, la Iglesia, y tienen como objetivo la defensa y protección de los derechos de la Iglesia; sólo excepcionalmente aparecen mencionados los derechos de los fieles que son al mismo tiempo ciudadanos: los padres en el caso del Acuerdo sobre Educación y Asuntos Culturales, aludidos únicamente en el art. I, párr. 1; los contrayentes en el art VI.2 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos; o los internados en centros públicos como titulares del derecho de asistencia religiosa en el art. IV.2 del mismo; no deja de crear perplejidad que el Acuerdo sobre Asistencia Religiosa a las FFAA no haga mención alguna a tal titularidad.

De ahí que la mención del derecho de igualdad y libertad religiosa (igualdad en la libertad) se haga no tanto como principio y derecho que pretenden desarrollar los acuerdos, sino más bien como límite; es especialmente significativo a este respecto el siguiente texto de la Exposición de motivos del AEAC: «La Iglesia debe coordinar su misión educativa con los principios de libertad civil en materia religiosa y con los derechos de las familias y de todos los alumnos y maestros, evitando cualquier discriminación o situación privilegiada»; en todo caso el protagonismo les corresponde a los derechos de la iglesia, apareciendo los derechos de los ciudadanos, fieles de la Iglesia, como meros invitados de piedra.

Esa misma exposición de motivos alude expresamente a que el nuevo acuerdo responde a la necesidad de revisar el concordato del 53 «en el espíritu del acuerdo de 28 de julio de 1976», anterior a la promulgación de la Constitución.

Y ¿cuáles son esos principios?

Si leemos con atención se resumen en dos: el principio de libertad religiosa reconocida como derecho civil en la Ley de 1967 y el dato

sociológico de que la mayoría de la población española profesaba la religión católica.

Así las cosas, no debe sorprender que parte de la doctrina haya sostenido la tesis de que los cuatro Acuerdos del 79 constituyen una unidad sistemática que responde a los principios informadores del Acuerdo de 1976; algo de imposible armonización, tanto con el texto como con la interpretación del Tribunal Constitucional del art. 16; tanto en relación con el derecho de libertad religiosa, como con la laicidad.

Las cosas son muy diferentes en el caso de los Acuerdos del 92 con judíos, protestantes y musulmanes. Una vez más la clave la encontramos ya en sus exposiciones de motivos a los que luego responde el texto articulado.

El protagonismo aquí se invierte: los derechos originarios son los de los ciudadanos y los de las confesiones son derivados y su razón de ser está en incrementar la posibilidad de que el derecho de libertad religiosa en condiciones de igualdad sea real, efectivo y pleno. Objetivo fundamental de los Acuerdos es recoger, a través de la voz autorizada de las confesiones, tanto «los contenidos doctrinales específicos», como «las peculiares exigencias de conciencia de ellos derivadas» para sus fieles.

Por otra parte, no sólo se hace mención expresa a la Constitución que consagra «como fundamentales los derechos de igualdad y libertad religiosa» con el único límite del orden público protegido por la ley. Con plena sujeción a esos principios y subordinado a ellos, se alude también al de cooperación como inspirador de los Acuerdos. Siempre con la vista puesta en última instancia en esos derechos de las personas singulares. Aquí no se esconden indicios que hagan sospechosos a los Acuerdos de inconstitucionalidad, al menos en sus principios.

La constitucionalidad de los Acuerdos con la iglesia católica, no tanto por su contenido como en cuanto fuentes formales del Derecho es más que cuestionable, por tanto.

c) Interpretación y aplicación de los Acuerdos

En mi opinión no se ha reparado suficientemente en este aspecto y sin embargo tiene una importancia capital; me atrevería a decir que

de aquí emanan las dificultades mayores que plantean los Acuerdos con la Santa Sede de cara a su constitucionalidad.

En todos ellos hay un artículo endiablado y que para el Estado entraña un encadenamiento que hace peligrar la misma soberanía del parlamento, que suena a encerrona y que, para terminar de arreglarlo, es de imposible cumplimiento: «La Santa Sede y el Gobierno procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente acuerdo».

Al introducir esta cláusula en los Acuerdos no se ha tenido en cuenta que, a pesar de la semejanza con los tratados internacionales, una de las partes no es un Estado que defiende intereses susceptibles de transacción, sino que es una Iglesia que funciona con dogmas que considera inamovibles por infalibles. Se sabe y se siente en posesión de la verdad. De ahí su falta de inclinación a la negociación en determinados temas como los derechos de la Iglesia que considera de origen divino y, por tanto, irrenunciables. Se negará tozudamente a la negociación; para ella se trata de derechos innegociables.

El gobierno español se ha topado siempre con este muro a la hora de la interpretación y aplicación de los Acuerdos. Las leyes que rozan esos Acuerdos siempre han sido rechazadas por la Iglesia. Pensemos en las leyes sobre educación. No transige ni muestra disposición alguna a la transacción: o se aceptan sus propuestas íntegramente o mostrará su rechazo frontal y cuando sus propuestas se aceptan, parcial o totalmente, lo considerará como la satisfacción de un derecho que se le debía, no como una concesión de la otra parte.

De ahí que haya llegado incluso a pretender, sin demasiados remilgos, ser colegisladora en los temas en que entren en juego la interpretación o aplicación de los Acuerdos; pretensión que ha rechazado repetidamente en sus informes el Consejo de Estado¹¹. En el mismo sentido se ha pronunciado en varias ocasiones el TS¹².

Una actitud así hace imposible llegar a una interpretación y aplicación que respete escrupulosamente las exigencias del principio constitucional de laicidad, salvo que el Gobierno, consciente de la

¹¹ Informes 616/1991 y 1742/1994.

¹² SSTs de 3 de febrero de 1994, FJ 9, de 17 de marzo de 1994, FJ 11 y de 30 de junio de 1994, FJ 6.

soberanía popular actúe como único legislador y como único interprete cuando después de ensayado el intento de negociación y transacción se haya mostrado infructuoso.

Los Acuerdos del 92 responden a un modelo completamente distinto. No hay más que leer la Disposición Adicional Tercera en relación con la Disposición Final Única. Todas ellas forman parte del Acuerdo; todas ellas han sido firmadas por los representantes de las confesiones.

En la Disposición Final Única «se faculta al Ministro de Justicia para que, a propuesta del Ministro de justicia y, en su caso, conjuntamente con los ministros competentes por razón de la materia, dicte las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el presente acuerdo»

La Disposición Final debe complementarse con la Adicional Tercera en la que se crea una comisión mixta de seguimiento con representación de la Administración del Estado y de la correspondiente confesión o confesiones firmantes del Acuerdo.

Esto significa que la decisión se reserva al Gobierno, reconociendo a la confesión interesada el derecho a ser previamente informada, pero sin que sea necesario su consentimiento (informe preceptivo, pero no vinculante).

Los problemas de tapón y muro infranqueable se despejan así completamente.

d) Relación del Acuerdo con la ley de aprobación

Este es quizá el aspecto más interesante de los Acuerdos del 92 como fuente del Derecho. Intentaré ser lo más breve que pueda.

Por lo pronto no ha sido cuestión pacífica entre los eclesiasticistas ésta de la naturaleza de los Acuerdos con las confesiones a los que aludía ya la LOLR de 1980.

Tres han sido las posiciones doctrinales más significativas:

1.^a) Son leyes pactadas. Esta en esencia es la doctrina defendida por el profesor MOTILLA¹³ en la que fue su tesis doctoral desarrollando una idea original de PEDRO LOMBARDÍA.

¹³ *Los acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas en el Derecho español*, Barcelona, 1985.

2.^a) Son acuerdos bilaterales de Derecho público interno ratificados por una ley. El parlamento tiene posibilidad de aprobar o rechazar el proyecto de Ley en bloque, pero no la discusión pormenorizada y ni la presentación de enmiendas parciales. Prevalece la naturaleza de Acuerdo sobre la de ley¹⁴.

3.^a) Son acuerdos de Derecho Público Interno de la confesión con el Gobierno que tiene el compromiso de presentarlo como proyecto de ley al parlamento, así como de defenderlo en la discusión parlamentaria, pero quedando siempre a salvo la soberanía del parlamento para rechazarlo en bloque o para presentar enmiendas parciales.

La discusión en lectura única con renuncia a la presentación de enmiendas parciales no es obligada, sino decisión soberana del propio parlamento.

Más aún si tenemos en cuenta las Disposiciones Adicionales, que, vuelvo a recordar, forman parte del Acuerdo, sobre todo la primera, y son susceptibles de revisión, caso de que prosperara una iniciativa parlamentaria en ese sentido, con la única obligación del Gobierno de comunicarlo previamente a la confesión correspondiente para que exprese su parecer (otra vez, informe preceptivo, pero no vinculante). Son simplemente una ley (véase el art. 1) de la que emanan todos los derechos protegidos en ella, elaborada teniendo en cuenta la voz autorizada, como se dice en su preámbulo, de la confesión religiosa correspondiente.

De manera que podría decirse que estos Acuerdos son: 1) un paso en la conformación de la voluntad del Estado con participación y audiencia de la confesión firmante y 2) dibujan el punto de partida en la actitud del Estado respecto a esa confesión, pero sin ataduras que entrañen una limitación de la soberanía estatal en una materia tan sensible como la legislación sobre respeto, defensa y promoción del derecho fundamental de igualdad en la libertad de conciencia¹⁵.

¹⁴ SOUTO PAZ, J. A., *Derecho eclesiástico del Estado, Derecho de la libertad de ideas y creencias*. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 79-80.

¹⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesiástico del estado. Derecho de la Libertad de conciencia*. 2.^a ed., Madrid. 1991, pp. 212 y ss.; *Derecho de la Libertad de conciencia, I Libertad de conciencia y laicidad*, 3.^a ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 393 ss.

5. REMISIÓN MATERIAL Y EL PRESUPUESTO EN LOS ACUERDOS VIGENTES

5.1. El derecho confesional como derecho estatutario

A parte de otras remisiones, en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos se contiene una remisión de largo alcance y que viene a otorgar vigencia en el ámbito civil a normas canónicas considerándolas como normas estatutarias de esa confesión en tanto que asociación civil con fundamento, no tanto en el art. 22 CE, como en su art. 16 de donde su «plena autonomía» (art. 6.1 LOLR) que les exime de la exigencia de estructura y funcionamiento democráticos que exige la Constitución para otras asociaciones especiales, pero con encaje en el art. 22 CE, como partidos políticos (art. 6), sindicatos y asociaciones empresariales (art. 7), colegios profesionales (art. 36), y que la LODA exige a todas las asociaciones no lucrativas y de interés general (art. 2.5).

Se trata de normas referidas a la capacidad de obrar de las personas jurídico-canónicas que al amparo del art. 1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos la tienen también civil, que al decir del art. 39 del código civil se regula por sus estatutos.

Pues bien, según el AAJ en su art. I.4, inciso 2 «A los efectos de determinar la extensión y límites de su capacidad de obrar y por tanto de disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario».

En virtud de esta disposición tales normas canónicas son consideradas como normas civiles establecidas por sus estatutos como entidad civil para determinar su capacidad de obrar en el ámbito civil.

Si tenemos en cuenta que las personas jurídicas canónicas pueden actuar colegiadamente o por representante habrá que tener en cuenta los cánones referidos a las condiciones y requisitos de los actos colegiales (can 119 y 167) así como la necesidad o no de que el representante (can. 118) cuente con un informe previo (can. 127) (vinculante o sólo preceptivo de algún otro órgano eclesial). Funcionan también como derecho estatutario los cánones relativos a la administración de los bienes eclesiásticos que pertenecen a una persona ca-

nónica pública (can 1257.1), entendiéndose por tal las constituidas por la autoridad eclesiástica competente para que, dentro de los límites que se les señalan, cumplan en nombre de la Iglesia, a tenor de las prescripciones del derecho, la misión que se les confía mirando al bien público (can. 116); es decir los cánones 1273 y siguientes referidos a la administración de bienes diocesanos o de institutos de vida consagrada de derecho diocesano sometidos al obispo y los cánones 634 y siguientes, referidos a los institutos religiosos de vida consagrada de derecho pontificio.

5.2. Otros supuestos de remisión material

Otro ejemplo significativo de remisión material y, por tanto, de incorporación al ordenamiento jurídico del Estado de normas procedentes de un ordenamiento confesional es el de la remisión que se hace a las normas confesionales reguladoras de la celebración del matrimonio católico, judío o musulmán, en los respectivos Acuerdos. No se da tal remisión en el caso del matrimonio confesional protestante. El art. 7.1 del Acuerdo con los protestantes se limita a reconocer la validez del matrimonio celebrado «ante los ministros de culto pertenecientes a la Federación de Entidades religiosas de España». Es pertinente recordar que, de acuerdo con la concepción teológica de Lutero, en los países de fe protestante siempre se ha considerado el matrimonio como de competencia del Estado, también en relación con su forma de celebración.

En cambio, el art. 7.1 del Acuerdo con las comunidades israelitas se refiere al matrimonio «celebrado según la propia normativa formal israelita ante los ministros de culto de las Comunidades Israelitas de España» y el mismo artículo del Acuerdo con los musulmanes al matrimonio «celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica». Y lo mismo ocurre, tanto en el art. VI.1 del AAJ con la Iglesia católica y en el art. 60 del Código Civil, cuando se reconoce eficacia civil al matrimonio «celebrado según las normas del Derecho canónico».

Estas expresiones implican la aceptación de esas normas, en cuanto su observancia condiciona la validez del matrimonio sobre la forma de celebración, como normas vigentes en el ámbito civil, lo que implica que en un proceso de nulidad civil de uno de estos matrimo-

nio, el juez civil tendrá que dictar sentencia de acuerdo con tales normas, bien entendido que en tanto que incorporadas al ordenamiento estatal han de ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con los criterios del ordenamiento del que han pasado a formar parte.

En los Acuerdos del 92 con protestantes, israelitas y musulmanes existe otro relevante caso de remisión referida la definición de las actividades religiosas de la que van a depender la definición de ministro de culto (art. 3.1) y de lugar de culto (art. 2.1), claves para la interpretación y aplicación de los Acuerdos. Las expresiones utilizadas, no obstante, no son literalmente las mismas. Las concreciones ejemplificativas van incrementándose en la medida en que nos alejamos de la confesión cristiana. Más parca la fórmula en el Acuerdo con protestantes y más descriptiva en los otros dos casos.

El Acuerdo con protestantes se limita a decir que «a todos los efectos legales, se consideran funciones de culto o asistencia religiosa las dirigidas directamente al ejercicio del culto administración de sacramentos, cura de lamas, predicación del Evangelio, magisterio religioso». No hay aquí síntomas de remisión.

El Acuerdo con judíos especifica que a esos efectos «se consideran funciones propias de la religión judía las que lo sean *con arreglo a la Ley y a la tradición judía*, entre otras las de religión que se derivan de la función rabínica, del ejercicio del culto, de la prestación de servicios rituales, de la formación de rabinos, de la enseñanza de la religión judía y de la asistencia religiosa».

En el Acuerdo con la Comisión islámica, por último, se dice que «son funciones islámicas de culto, formación y asistencia religiosa las que lo sean *de acuerdo con la Ley y la tradición islámica, emanadas del Corán o de la Sunna* y protegidas por la Ley Orgánica de libertad religiosa».

Es evidente que en los dos últimos casos hay una clara remisión material, a la ley y a la tradición judía en un caso, islámica en otro.

5.3. Algunos ejemplos de presupuesto

Me refiero a los casos de reconocimiento de efectos civiles a un negocio jurídico en cuanto tal que se ha celebrado al amparo de las normas de un derecho confesional. Se trata de algo muy diferente a

lo que ocurre en el fenómeno de la remisión material. También aquí se reconocen efectos civiles a un negocio jurídico celebrado según las normas de un ordenamiento confesional pero previamente esas normas han sido asumidas como propias por el ordenamiento secular.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la remisión material, el juez civil es incompetente para juzgar sobre la validez o no del cumplimiento de tales condiciones de validez; la competencia le corresponde a la autoridad eclesiástica, de manera que caso de que se declarara canónicamente inválida la elección canónica, bastará la notificación para que el juez civil, comprobado su ajuste con el Derecho del Estado, le atribuya eficacia civil.

Citaré dos ejemplos, ambos de reconocimiento de efectos civiles a un negocio jurídico canónico: referido el primero al reconocimiento de personalidad jurídica a las personas jurídico-canónicas; al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, el segundo.

Vamos con el primer supuesto.

El art. I.2 del acuerdo del Estado español con la Santa Sede que la Iglesia «puede crear, modificar o suprimir diócesis, parroquias u otras circunscripciones territoriales, que gozarán de personalidad jurídica civil en cuanto la tengan canónica y que esta sea notificada a los órganos competentes del Estado». Tal régimen es el aplicable, por tanto, a las entidades eclesiásticas que forman parte de la estructura jerárquica de la Iglesia católica y que tienen una base territorial. No es aplicable, en cambio a las entidades de base personal como diócesis personales (el vicariato general castrense o los Institutos de vida consagrada) o a las personas que tiene personalidad canónica privada (can. 116).

Se parte de la presunción de que esos actos o negocios jurídicos (reconocimiento de la personalidad pública canónica por la autoridad eclesiástica competente) cumplen el mínimo de requisitos exigidos por el ordenamiento civil para tal reconocimiento.

La inscripción es una exigencia a meros efectos de publicidad de cara a terceros, según el art. 22.3 CE. Esa publicidad en el caso de las entidades jerárquico-territoriales la tenemos asegurada a través del Código de Derecho canónico, documento público y disponible por cualquiera para la correspondiente consulta. En él constan las normas de organización y funcionamiento de esas entidades. De ahí que no se les exija la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del

Ministerio de Justicia. De no ser así, como en el caso de la Conferencia episcopal española, deberán constar su existencia y estar depositadas sus en el Registro de Entidades Religiosas sus normas estatutarias.

El otro ejemplo al que quisiera referirme es el matrimonio canónico.

Ya he aludido anteriormente al tema, dando por supuesto que se trataba de un caso de remisión material a las normas canónicas reguladoras de la forma de celebración canónica; no a las normas reguladoras del fondo del matrimonio reguladoras de la capacidad, consentimiento, efectos y características del tipo matrimonial canónico. Otra cosa sería incompatible con la laicidad de nuestro ordenamiento, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional: «tal reconocimiento no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio, dado que, por su carácter pluralista, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intra- eclesial» (ATC 617/1984, FJ 5, párr. 1).

De manera que estamos ante un matrimonio civil celebrado en forma canónica. Las normas reguladoras de la validez del matrimonio referidas a capacidad o consentimiento, a los efectos y a las características del matrimonio, son las civiles.

Es claro que las exigencias de validez son mayores en el ordenamiento canónico que en el civil. De ahí que no se planteen problemas en el reconocimiento civil de su validez y en la atribución de los efectos propios del matrimonio civil.

Pero si se plantea un problema serio, al menos teóricamente, en el reconocimiento de la nulidad declarada por los órganos jurisdiccionales eclesiales.

Porque el AAJ no se limita a reconocer efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma canónica. Va más allá. Reconoce efectos civiles a las sentencias de los Tribunales canónicos y, en el caso de los matrimonios ratos y no consumados, a las resoluciones pontificias de disolución «si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el tribunal Civil competente». La frase parece meridianamente clara, pero la capacidad de los juristas para retorcer el sentido de una frase es ilimitado hasta el milagro de convertir lo

blanco en negro y lo negro en blanco. Resulta que donde se habla de «ajuste» quiere decirse «no contradicción» y donde se dice «Derecho del Estado» quiere decirse «orden público».

Esa norma será reiterada luego por el art. 80 del código civil, con un añadido que será la base de enconadas discusiones: «las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificas sobre matrimonio rato y no consumado, tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente *conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 LEC*».

En mi opinión la única interpretación posible sorteando el roce con la laicidad obliga a entender la última frase, «conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 LEC» como referida, no a la exigencia de que sean «ajustadas al Derecho del Estado», sino a su declaración como tales por el juez civil competente; lo que equivale a entender que se trata de dos exigencias diferentes: ajuste al Derecho del Estado, más requisitos exigidos por el art. 954 LEC. No, como absurdamente se ha pretendido por una buena parte de la doctrina, que «ajuste al Derecho del Estado» equivale a «condiciones a las que se refiere el art. 954 LCE».

Las sentencias del Tribunal Supremo de 2001¹⁶ apuntan claramente en esa dirección al exigir para la homologación civil la conformidad de la sentencia o resolución canónica con las «normas análogas del Derecho del Estado», normas civiles sobre el matrimonio, aunque al final cometan el error de identificar, seguramente por desconocimiento del Derecho canónico, consentimiento matrimonial canónico y consentimiento matrimonial civil.

Se trata, por tanto, de un fenómeno jurídico tipificable como presupuesto: un acto o negocio jurídico (sentencia o resolución pontificia) nacido al amparo del ordenamiento canónico al que el ordenamiento estatal reconoce efectos civiles en cuanto tal negocio jurídico, es decir como sentencia de nulidad o resolución de disolución de un matrimonio civil celebrado en forma canónica civil. Lo mismo hay que decir de la sentencia en la que exige la presencia en el proceso o procedimiento canónico de ambas partes, de manera que la

¹⁶ SSTS de 5 de marzo, FJ 3, y de 8 de marzo de 2001, FJ 3.

no presencia de alguna de ellas por no haber sido citada en tiempo y forma, *por ser contraria a su ideología*, impide la homologación civil de la decisión canónica¹⁷. Punto de partida del razonamiento jurisprudencial son la libertad de conciencia y la no confesionalidad o laicidad del Estado.

La validez de ese matrimonio civilmente depende de que se hayan observado los requisitos exigidos por el ordenamiento secular y sólo en caso contrario será civilmente nulo. Y los efectos que se le reconocen no son los efectos canónicos, sino los efectos civiles, puesto que es un matrimonio civil celebrado en forma religiosa canónica.

Se trata de un caso de *cooperación discrecional* para *facilitar* a los ciudadanos fieles de la Iglesia católica el cumplimiento de sus deberes religiosos o deberes en conciencia de modo que no tengan que soportar dos procesos, uno civil para solucionar sus problemas ante el Derecho del Estado y otro canónico para solucionar sus problemas de conciencia, ya que para ellos puede ser cuestión de fe creer que sólo la Iglesia y sus órganos tienen competencia para resolver tales problemas.

Dejando a un lado la polémica doctrinal y las soluciones jurisprudenciales del TC y del TS, me limitaré a decir que la solución más lógica es que el juez civil reconozca efectos civiles a tales sentencias y resoluciones si y solo si, aplicando el derecho estatal, sustantivo y procesal, el juez civil hubiera llegado a la misma conclusión que el juzgador canónico. Otra cosa conduce inexorablemente a la contradicción interna del ordenamiento estatal; el mismo juez si le plantean directamente la causa de nulidad que ha de resolver aplicando el derecho estatal llega a una solución contradictoria con la solución de la sentencia o resolución eclesiástica que ha de homologar. Una característica a la que no puede renunciar ningún ordenamiento como sistema, es la de la congruencia que excluya el menor atisbo de contradicción. Decir, como hace el TS, que si el mismo juez civil, llega a soluciones distintas, según que aplique el derecho civil o que homologue una resolución canónica, afirmativa en un caso y negativa otro, que no se da contradicción es insostenible, salvo que se nieguen los dos principios básicos de la lógica general, el de identidad y el de contradicción.

¹⁷ STS de 27 de junio de 2002, FJ 1; STS de 24 de octubre de 2007, FJ 3.

También esos principios valen en el mundo del derecho. También ellos son un límite insuperable para la eficacia civil de normas o actos jurídico-canónicos. A parte de que en otro caso se desnaturalizaría la norma confesional canónica, se violaría la igualdad en la libertad de conciencia, y se chocaría frontalmente con la laicidad.

LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO

*Catedrático de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Sevilla*

SUMARIO:—1. Las transformaciones actuales del sistema de fuentes jurídicas: sus manifestaciones;—2. Las fuentes del Derecho en el Estado constitucional: 2.1. De la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; 2.2. De la reserva de ley a la reserva de Constitución; 2.3. Del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.—3. Las fuentes del Derecho y su nuevo contexto: 3.1. La supraestatalidad normativa; 3.2. La infraestatalidad normativa.—4. El desbordamiento de las fuentes del Derecho y sus decantaciones: 4.1. De la unidad y jerarquía al pluralismo; 4.2. Del nacionalismo al universalismo.—5. Conclusión: hacia un nuevo marco teórico de las fuentes del Derecho.

1. LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DEL SISTEMA DE FUENTES JURÍDICAS: SUS MANIFESTACIONES

La transformación y la mudanza parecen haberse convertido en los fenómenos distintivos de nuestra época. Su amplitud y profundidad se han dejado sentir en casi todas las esferas de la vida y, por descontado, en la vida del Derecho. Se ha invertido, de este modo, la tendencia dominante en la doctrina jurídica pretérita tendente a dar cuenta del Derecho a partir de sus rasgos más permanentes y estables. En oposición a ella hoy se juzga imprescindible captar el sentido de las diferentes disciplinas jurídicas en su incesante devenir.

Esa marea transformadora ha alcanzado incluso a aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían inasequibles a la innovación, como el de las fuentes del Derecho. Un jurista decimonónico transportado en el túnel del tiempo hasta el sistema de fuentes jurí-

dicas actuales, forzosamente se sentiría confundido y desorientado. Algunos ejemplos pueden contribuir a explicitar las causas que motivarían la perplejidad de ese jurista.

Es notorio que la gran revolución jurídica del racionalismo ilustrado se concretó en el fenómeno de la codificación. El proceso de sistematización lógica de los materiales normativos supuso el gran avance hacia la racionalidad formal de los ordenamientos jurídicos propios de los Estados de Derecho de la Europa continental. Frente a ese proceso hoy nos hallamos ante una situación que ha sido designada certeramente por Natalino Irti como: «la edad de la descodificación»¹. Hoy, en efecto, importantes ámbitos normativos han registrado un éxodo desde los códigos hacia otras fuentes jurídicas.

Desde hace más de un siglo la Dogmática y la Teoría del Derecho elaboraron un concepto de norma legal entendida como reglamentación prescriptiva de carácter general y abstracto. No obstante, desde hace algunos años la doctrina germana denunció la proliferación de leyes medida (*Massnahmegesetze*). Se trata de leyes específicas en las que la generalidad y abstracción se han visto suplantadas por la particularidad y la concreción. Consisten en disposiciones legales que formalmente (no en lo referente a su *ratio legis*) se asemejan a la estructura normativa de una ley privada o privilegio que, paradójicamente, fue lo que la ley del Estado de Derecho vino a abolir².

Otro supuesto ejemplar del proceso de transformación del sistema de fuentes lo ofrece nuestro ordenamiento jurídico, que no reconoce formalmente valor creativo a las decisiones judiciales. No obstante, es opinión compartida por buen número de nuestros constitucionalistas la tesis de que las sentencias del Tribunal Constitucional, en particular las interpretativas, ocupan un lugar superior al de la ley en la jerarquía normativa. Se aduce para explicarlo que «la afirmación de la Constitución como norma jurídica y la consiguiente judicialización del ordenamiento suponen la afirmación de la superioridad jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las demás

¹ N. Irti, *La edad de la descodificación*, trad. cast. de L. Rojo, Bosch, Barcelona, 1992.

² Cfr., mis libros: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 9.ª ed., 2005, pp. 229 ss.; *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 61 ss.

fuentes del Derecho, con la excepción, obviamente, de la propia Constitución y de las Leyes de Reforma de la misma»³.

Estas situaciones nuevas que se oponen abiertamente a la concepción tradicional de las fuentes del Derecho, suponen para la teoría jurídica un reto insoslayable: diseñar un marco conceptual adecuado para la explicación de una teoría de las fuentes acorde con las mutaciones que han afectado a su significación y operatividad. Para ello, se analizarán sucesivamente dos cuestiones concomitantes: la evolución generacional del Estado de Derecho y su inmediata incidencia en sus fuentes jurídicas; así como los fenómenos que actualmente contextualizan y a través de los que se manifiestan las fuentes del derecho.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En los últimos años ha adquirido notoriedad en la metodología neoconstitucionalista y en la de los derechos fundamentales el paradigma generacional. Ese marco teórico tiende a establecer un paralelismo simétrico entre la evolución de las formas de Estado de derecho y la decantación de uno de sus ingredientes definitorios básicos: los derechos fundamentales. Este paradigma explicativo enfatiza la dimensión triádica del Estado de derecho, que ha sido sucesivamente liberal, social y constitucional; y correlativamente de los derechos fundamentales, que han evolucionado, asimismo, desde las libertades individuales, a los derechos económicos, sociales y culturales y, en el presente, a los Derechos de la tercera generación.

A las tres generaciones de Estados de Derecho corresponden, por tanto, tres generaciones de Derechos fundamentales. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de derecho, es el marco en el que se afirman los derechos fundamentales de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de Derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulen los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado constitucional, en

³ J. Pérez Royo, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 48.

cuanto tercera fase evolutiva del Estado de Derecho, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación⁴.

A efectos del tratamiento de las fuentes del Derecho, el Estado constitucional ha implicado un triple desplazamiento de algunos de sus rasgos informadores básicos, que se concreta en: 1) El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; 2) El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución; 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

2.1. De la primacía de la ley a la primacía de la Constitución

Uno de los dogmas fundadores del Estado de Derecho era el de la supremacía de la ley. En el Estado liberal de Derecho la ley aparece como la fuente jurídica suprema; las demás fuentes normativas son subalternas o subsidiarias, subsisten en los espacios que la ley les asigna y tienen relevancia jurídica sólo cuando la ley delega en ellas la regulación de determinadas materias. Ello era así porque la ley suponía entonces el cauce principal y normal de expresión de la voluntad normativa del Estado, de un Estado que consideraba un atributo básico de su soberanía el monopolio del sistema de fuentes jurídicas.

En las últimas décadas ese panorama ha devenido obsoleto y hoy asistimos al desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas. Se asiste ahora a una serie de fenómenos que entrañan una auténtica «subversión» de la primacía de la ley en el sistema de las fuentes del Derecho. Incurriría en un exceso de prolijidad el intento de ofrecer una panorámica exhaustiva de los distintos ámbitos en los que se ha venido manifestando esa subversión normativa. Baste recordar los fenómenos de la «descodificación», de la pérdida de generalidad y abstracción de las normas legales, o de la supeditación de las leyes a la jurisprudencia constitucional, a los que se ha tenido ocasión de aludir *supra*.

⁴ Cfr., mi estudio: «Estado constitucional y derechos de la tercera generación», en mi vol., *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson & Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 49 ss.

Para reconducir esos fenómenos e intentar poner orden en el caos normativo que amenaza con abolir por entero la unidad, coherencia y jerarquía del sistema de fuentes del derecho, hoy se vuelven los ojos hacia la Constitución. La primacía de la ley cede su puesto a la primacía de la Constitución. Esa primacía de la Constitución (*Vorrang der Verfassung*), que como cúspide de la pirámide jurídica y norma máxima del ordenamiento jurídico, garantiza la conformidad a su contenido de todas las normas restantes y la consiguiente nulidad de las que la contradicen⁵. Se ha indicado, para sintetizar este proceso, que: «La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta»⁶.

Conviene advertir que en el Estado constitucional, que es el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta a alcanzar. En el Estado constitucional se da una heterogeneidad de factores e instancias sociales que influyen en la producción del derecho. De ahí, que la unidad, coherencia y jerarquía del sistema jurídico no pueda concebirse como corolario de un único principio dominante del que mecánicamente se derivan todos los demás. En el Estado constitucional, que es el Estado de una «sociedad abierta», el sistema jurídico y sus postulados básicos reclaman del intérprete de la Constitución una actitud abierta que sustituya el monopolio metodológico, por un pluralismo metódico. El proceso hermenéutico constitucional aparece, por tanto, como «instancia crítica», siempre abierto a nuevos planteamientos e innovaciones, que lejos de cristalizar en un sistema de categorías cerradas y estáticas, sea un proceso dinámico basado en alternativas prácticas y en un pensamiento de posibilidades (*Möglichkeitsdenken*)⁷.

La tesis sobre la primacía de la Constitución, aducida por los defensores del Estado constitucional como uno de sus rasgos informa-

⁵ R. Wahl, «Der Vorrang der Verfassung», en *Der Staat*, vol. 20, 1981.

⁶ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 40.

⁷ P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980, pp. 45 ss. (De esta obra, existe trad., cast., con el título: *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002).

dores, se halla avalada por el propio desarrollo de los sistemas constitucionales. Conviene no resbalar sobre el hecho de que nuestra vigente Constitución cuando proclama, en su art. 9.1, el «principio de legalidad» lo hace en términos de «principio de constitucionalidad», al prescribir expresamente la sujeción de todos los ciudadanos y los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Asimismo, la primacía de la Constitución ha sido invocada, con rotundidad, en diversos fallos del Tribunal Constitucional, que en una de sus primeras decisiones no dudaba en proclamar que: «la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal» (STC, 80/1982, FJ 1); y ha puntualizado que: «el carácter de norma suprema de la Constitución... imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales» (STC, 76/1988, FJ 3).

La supremacía de la Constitución, en opinión de nuestro máximo intérprete de la misma, opera plenamente respecto a la ley y a la propia actividad del legislador. Así se desprende de la decisión en la que de forma inequívoca señala que: «la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador» (STC, 76/1983, FJ 4).

2.2. De la reserva de ley a la reserva de Constitución

El Estado de derecho tuvo una de sus claves de bóveda en el principio de la *reserva de ley*, corolario de la división de poderes propugnada por Montesquieu. Dicho principio suponía atribuir exclusivamente al parlamento la definición, a través de normas generales y abstractas, de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...).

Estimo de interés subrayar que la reserva de ley entrañaba una doble garantía: suponía, de una parte, que las materias jurídicas más importantes no serían reguladas por normas de rango inferior a la ley, pero implicaba, al propio tiempo, una consciente «autolimitación» del legislador, o sea, que éste reservaría la ley a lo esencial, sin recurrir a ella más allá de lo necesario. Pudiera afirmarse que el legislador

liberal desarrollaba su actividad sometido a un mandamiento implícito, expresado en los siguientes términos: «no recurrirás a la ley en vano».

Esta situación experimentó un notable cambio con el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de derecho que supuso una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa «procura existencial» (*Daseinvorsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por las, ya mencionadas, leyes medida (*Massnahmegesetze*). La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*)⁸.

La ampliación de las tareas de los poderes públicos que ha caracterizado al Estado social de derecho ha producido, en los actuales ordenamientos jurídicos un fenómeno que ha sido denominado, con razón, *hipertrofia legislativa* y, en el ámbito anglosajón, «contaminación legislativa» (*Legal Pollution*) determinado por un crecimiento sin límites de las normas legales que ha roto el equilibrio entre la producción normativa y la capacidad de su aplicación. La inflación normativa se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir el Derecho se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. En esas circunstancias no sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas —funcionarios administrativos, jueces o abogados— tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho⁹.

⁸ Vid., la nota 2.

⁹ Cfr., mi libro *La seguridad jurídica*, cit., pp. 63 ss.

Por todo ello la «reserva de ley» ha dejado de ser una garantía para regular el *status* normativo de las cuestiones jurídicas básicas y es preciso reemplazarla por la «reserva de Constitución»¹⁰. La «reserva de constitución» no implica que el legislador ordinario usurpe el papel que incumbe al constituyente, ya que —como advirtió nuestro Tribunal Constitucional— «lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso de que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente» (STC, 76/1983, FJ 4). Pero, como se desprende del último párrafo del fallo reseñado, existen ámbitos en los que la Constitución puede atribuir al parlamento «alguna función constituyente» para el desarrollo de cuestiones constitucionales básicas; una de ellas, y no la de menos importancia, el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales.

Es obvio que la integración en los textos constitucionales de la disciplina *in extenso* de todas esas cuestiones jurídicas básicas ampliaría su contenido hasta extremos inadmisibles. Para evitarlo los Estados constitucionales del presente cuentan con unas normas especiales, que si *formalmente* son leyes o «super-leyes», por exigir para su aprobación mayorías parlamentarias reforzadas, *materialmente* se integran de lleno en el bloque de la Constitución, al implicar el desarrollo de algunos de sus aspectos nucleares. La Constitución española, contando con el precedente del art. 46 de la francesa de 1958, reserva a unas super-leyes, denominadas «leyes orgánicas», el desarrollo de los derechos fundamentales, aprobación de los Estatutos de Autonomía y régimen electoral general y las demás previstas Constitución (art. 81.1)¹¹.

2.3. Del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad

Uno de los presupuestos insoslayables informadores del Estado de derecho es el de la sumisión de la actividad de los poderes públicos

¹⁰ P. Cruz Villalón «¿Reserva de Constitución?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, III/9, 1983, pp. 185 ss.

¹¹ Vid., sobre ello, J. Chofre, *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994; así como las SSTC, 5/1981; 38/1983; 76/1983; 25/194 y 137/1986.

al control de tribunales independientes. En el Estado de derecho la garantía jurídica del *status* de los ciudadanos se desglosa en dos instancias fundamentales: 1) una *estática*, conformada por la definición legal de los derechos y deberes cívicos, así como de las competencias y procedimientos operativos de la Administración; 2) y otra *dinámica*, que se materializa en la justiciabilidad de la Administración, es decir, en la posibilidad de que los ciudadanos puedan plantear ante los tribunales sus quejas, por eventuales transgresiones de la legalidad por parte de los poderes públicos en aquello que suponga lesión de sus derechos.

En los países europeos continentales ese control de los tribunales se realiza a través de una jurisdicción especial; la jurisdicción contencioso-administrativa. La transformación del Estado liberal en Estado social de derecho, con la consiguiente ampliación de las tareas administrativas, otorgó un protagonismo creciente a esa jurisdicción hasta el punto de que esa forma de Estado de derecho pudo ser calificada de «Estado de derecho administrativo»¹². Paralelamente tomó cuerpo una tendencia doctrinal, de la que Carl Schmitt fue el exponente más relevante, que no cuestiona el control jurisdiccional de la sumisión de los poderes públicos a la legislación ordinaria, pero discute que ello sea predicable de su vinculación a la norma constitucional, por el carácter indeterminado y programático de las normas constitucionales, cuya aplicación es más propia de decisiones políticas que incumben a los parlamentos o al gobierno que de controles jurisdiccionales. El control jurisdiccional de constitucionalidad, en cualquier caso, no tendría significado jurídico. A tenor de una célebre tesis de Carl Schmitt: «Los *litigios constitucionales* auténticos son siempre litigios políticos»¹³.

Esta tendencia doctrinal, acogida en la práctica de numerosas jurisdicciones contencioso-administrativas, condujo a una paradoja insostenible: la admisión de un control jurisdiccional del acatamiento por parte de la Administración de normas de ínfimo rango normativo (decretos, órdenes, resoluciones...) sin que, simultáneamente, tal

¹² H. J. Strauch, «Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit», en la obra a cargo de M. Tohidipur, *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 1978, vol. 2, pp. 525 ss.

¹³ C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, pp. 146 (La 1.ª ed. alemana data de 1928).

control se hiciese extensivo a su vinculación a la norma suprema en la jerarquía normativa, o sea, la Constitución.

Este fenómeno no se produjo nunca en los sistemas del *Common Law* en los que, como es notorio, se da una unidad de jurisdicciones y en los que se considera la Constitución, aunque se trate de una constitución no escrita como la británica, como *Higher Law* con plena vinculación jurídica. Tesis que fue potenciada en Norteamérica a través de la institución de la *Judicial Review*, es decir, la competencia de los jueces ordinarios para declarar inconstitucionales las leyes¹⁴.

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial se inicia en las democracias occidentales un paulatino proceso dirigido a hacer justiciable el contenido de las Constituciones y, en concreto, de los derechos fundamentales en ellas consagrados. Así, por ejemplo, el recurso de amparo de los derechos fundamentales a través de la denominada jurisdicción constitucional de la libertad (*Verfassungsbeschwerde*) constituye un elemento básico informador del arquetipo «Estado constitucional». La jurisdicción constitucional de la libertad, según el modelo de la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania ha sido objeto de una amplia recepción, por vía iuscomparatista, en los Estados constitucionales de Europa occidental, así como en varias de las más recientes normas constitucionales de la Europa del Este¹⁵. En ocasiones, el «activismo» de las propias instancias judiciales ha tenido mucho que ver con la atribución de plena normatividad a las Constituciones. Resulta ilustrativa, al respecto, la decisión del *Conseil Constitutionnel* francés del 16 de julio de 1971. Tras la toma de la Bastilla —comenta irónicamente el profesor Rivero— al pueblo francés le agrada hacer sus revoluciones en el mes de julio. En este caso la revolución se realizó en cuatro palabras: «Vu la Constitution *et notamment son Préambule*». De un sólo golpe la Declaración de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República... quedaron integrados en la Constitución francesa, que duplicó su volumen y adquirió plena

¹⁴ Vid., por todos, L. Black, *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, Westport, Connecticut, 2.^a ed., 1977.

¹⁵ P. Häberle, «Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica», trad. cast. de E. Mikunda, en el vol. col. ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 172 ss.

normatividad gracias a la decisión del *Conseil Constitutionnel*¹⁶. Por lo que atañe a nuestra experiencia constitucional merece destacarse la decidida actitud de un amplio sector doctrinal¹⁷ y del propio Tribunal constitucional tendente a reconocer pleno valor normativo a nuestra Ley de leyes de 1978.

Nuestro máximo interprete de la Constitución no ha dudado en proclamar desde sus primeras decisiones, el carácter normativo y vinculante del texto de 1978, invalidando la tesis de los órganos jurisdiccionales, en particular del Tribunal Supremo, que mediante el recurso a la denominada «*interpositio legislatoris*», es decir, a la necesidad de un desarrollo por parte del legislador de los preceptos constitucionales con la consiguiente negación de su normatividad inmediata. Saliendo al paso de esa tesis, que de haber prosperado hubiera condenado a la inoperancia a gran parte del catálogo de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no dudó en afirmar que frente al argumento de que «los preceptos constitucionales no son de aplicación inmediata, sino que han de ser objeto de un desarrollo positivo posterior... debe señalarse que los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución), y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos» (STC, 21/1981, FJ 17). Tesis corroborada en un fallo subsiguiente en el que, de forma tajante, el Tribunal Constitucional proclama: «La Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro

¹⁶ J. Rivero, «Rapport de synthèse» del Coloquio Internacional sobre *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, (Aix-en-Provence, 19-21 de febrero de 1981), en *RIDC*, n.º 2, 1981, p. 662.

¹⁷ Cfr.: O. Alzaga Villaamil, *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, EDERSA, Madrid, 1996; B. de Castro Cid, «Derechos humanos y Constitución», en *REP*, n.º 18, 1980; E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981; G. Peces-Barba, con la colaboración de De Asis, R., Fernández Liesa, C. R., y Llamas, A., *Curso de derechos fundamentales, (I). Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995; L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990; id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003; E. Vidal Gil, *Los conflictos de derechos en la legislación y en la jurisprudencia españolas. Un análisis de los casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ordenamiento... por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales» (STC, 16/1982, FJ 1).

No obstante, el Tribunal Supremo ha opuesto una tenaz resistencia a abdicar de la tesis de la *interpositio legislatoris*. Para comprobarlo baste recordar que, todavía, en el año 1993 el Tribunal Constitucional tenía que invalidar esa línea argumentativa. Se trataba del reconocimiento del derecho de los ciudadanos al acceso a sus datos personales informatizados en registros públicos. Conviene recordar, como antecedente del fallo de nuestro máximo intérprete constitucional, la célebre Sentencia del 12 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que a instancia de los Verdes, declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población que obligaba a los ciudadanos germanos a suministrar datos personales para fines estadísticos. En dicha decisión jurisprudencial se reconocía el derecho a la «autodeterminación informativa», hasta entonces invocado por la doctrina jurídica, y concretado en la facultad de todo ciudadano de las sociedades democráticas de determinar: quién, qué, cuándo y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen. La doctrina germana ha calificado a la Sentencia sobre la Ley del Censo de Población de «Sermón de la Montaña» en materia de protección de datos personales¹⁸. En esa línea de lenguaje metafórico evangélico, entiendo que pudiera apelarse de Sentencia del «Buen Samaritano», la decisión de nuestro Tribunal Constitucional 254/1993 de 20 de Julio. En ella el TC reconoce y ampara el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que les conciernen y se hallan registrados en archivos informatizados administrativos. Esta decisión tuvo como antecedentes las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de febrero de 1989 y del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 30 de abril de 1990, que habían desestimado el acceso de un ciudadano a sus datos personales incluidos en archivos automatizados de la Administración del Estado, alegando la falta de desarrollo legislativo del Convenio europeo de protección de datos personales. Frente a esas sucesivas denegaciones del acceso a los datos personales, basadas en una motivación que metafóricamente pudiera calificarse de «farisáica» y «levítica» el TC actuó en este supuesto como un «Buen Samaritano». La del TC se mueve en un doble plano argumentativo: 1) De

¹⁸ A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 386 ss.

un lado, acoge la dimensión positiva del derecho a la intimidad como facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona. Acepta también expresamente, por vez primera, las nociones de «libertad informática» y *habeas data*, como integrantes de la garantía de la intimidad frente a la informática consagrada en el art. 18.4 CE (FJ 7). Estos conceptos y categorías han sido ampliamente utilizados por la doctrina y jurisprudencia extranjeras en materia de protección de datos personales y estimo que me incumbe una cierta responsabilidad en su difusión en nuestra experiencia jurídica; 2) El otro aspecto nuclear de ese fallo reside en la reafirmación por parte del TC de su doctrina tendente a reconocer la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, en este caso de la libertad informática que dimana del art. 18.4 CE, sin que sea necesaria una *interpositio legislatoris*, es decir, un desarrollo legislativo, para su plena eficacia (FJ 6). El TC estima que el cumplimiento o no por los poderes públicos de los tratados internacionales, en particular del Convenio europeo de 1981, es independiente para asegurar la protección de los derechos fundamentales establecida en el art. 53.3 de la CE (FJ 5). De lo que implícitamente se infiere que el TC no cuestiona la plena incorporación del Convenio europeo al ordenamiento jurídico español, en virtud del art. 96.1 de la CE, y su plena eficacia; a lo que, por otra parte, también sería de aplicación su propia jurisprudencia impugnatoria de la *interpositio legislatoris* en materia de derechos fundamentales. Tesis que se corrobora por la expresa llamada del TC, apoyándose en el art. 10.2 CE, al Convenio como cauce para configurar el sentido y alcance de la libertad informática consagrada en el art. 18.4 de la CE¹⁹.

3. LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU NUEVO CONTEXTO

El marco político estatal del que los sistemas de fuentes del Derecho constituían uno de sus principales signos identitarios, ha experimentado una profunda transformación. El tránsito desde el Estado liberal, al Estado social y, en la fase actual, hacia el Estado constitucional de Derecho se ha traducido en una mutación de incuestionable

¹⁹ Cfr. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 385 ss.

calado en todo cuanto atañe a la estructura y función del sistema de fuentes jurídicas.

El sistema de fuentes aparecía, en la concepción estatal tradicional, inmediatamente vinculado a un atributo estimado constitutivo del Estado moderno: la soberanía. Esa cualidad, respecto a las fuentes del derecho, se manifestaba en tres postulados básicos: a) la suprema *potestad* estatal en la creación de normas jurídicas, lo que implicaba la negación de cualquier autoridad o poder superior al Estado en dicha materia; b) el *monopolio* del Estado en la creación y determinación del sistema de sus fuentes del Derecho, de lo que se desprende la exclusividad de sus atribuciones creadoras y la abolición de cualquier otra fuerza social formuladora de normas; c) el carácter *autógeno* del proceso creador de normas por parte del Estado, es decir, su autosuficiencia para determinar lo que es jurídico, sin remisión a cualquier otra instancia ajena así mismo.

Estos tres postulados han sido objeto de una profunda revisión en las circunstancias actuales que contextualizan los sistemas de fuentes jurídicas. En el presente han surgido poderes o instancias que erosionan o limitan la soberanía estatal y consiguientemente sus atributos en orden a la creación del Derecho. En la actualidad se han producido fenómenos que condicionan por «encima» y por «debajo» la ecuación entre estatalidad y fuentes del Derecho. Lo que hace imprescindible tomar en consideración ese nuevo contexto significativo y operativo de las fuentes jurídicas.

3.1. La supraestatalidad normativa

Este fenómeno supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas. Este fenómeno se ha expresado con particular eficacia en las experiencias y tentativas dirigidas a establecer un nuevo *ius commune*, es decir, un Derecho común que, a semejanza del forjado por las universidades medievales, representa una especie de tejido conectivo que une los ordenamientos jurídicos modernos y que encuentra expresión en el plano del Derecho positivo en documentos y acuerdos sobre derechos humanos, persecución de

organizaciones delictivas internacionales y reglas generales del tráfico económico. Al propio tiempo que se afirma por vía jurisprudencial a través de la presencia en distintos ordenamientos estatales nacionales de modelos jurídicos que tienen un origen cultural común²⁰.

Vivimos en una época en la que cada vez es mas intensa la comunicación de los valores, las normas y las instituciones jurídicas. Se ha reactualizado así el *ius communicationis* auspiciado por Francisco de Vitoria, como Derecho común de los pueblos y los hombres basado en la comunicación, que presagia las actuales reivindicaciones de un *common law of mankind* (C.W. Jenks), de un *transnational law* (P.C. Jessup), o de un *droit mondial* (K. Tanaka)²¹. Con esas expresiones no se quiere aludir sólo a una especie de nueva *lex mercatoria* de carácter internacional que permitiría disciplinar las relaciones comerciales interestatales. Se trata de proyectos más ambiciosos referidos a un conjunto de principios jurídicos fundamentales susceptibles de ser aplicados en diferentes ordenamientos, con independencia, de haber sido incorporados a ellos en virtud de actos normativos explícitos, «porque corresponde a una concepción del Derecho basada en la razón y común a todos los hombres y todos los pueblos»²².

Especial interés, entre los empeños doctrinales del presente, reviste en este punto la obra teórica del Profesor Peter Häberle, Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Público en las Universidades de Bayreuth y St. Gallen, que ha acuñado la expresión «Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)». El DCCE se halla integrado por «un conjunto de principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no»²³. Dichos «principios co-

²⁰ Cfr. A. Pizzorusso, *Curso de Derecho Comparado*, trad.cast. de J. Bignozzi, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 180 ss.

²¹ Vid. la cuidada referencia a estas tesis en, A. Truyol y Serra, *Théorie du Droit International Public*, Recueil des cours de l'Académie de Droit International, t. 173, 1981, Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1992, pp. 43 ss. En relación con el *ius communicationis* en el pensamiento de Francisco de Vitoria, cfr. A. E. Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 78 ss.

²² A. Pizzorusso, *Curso de Derecho Comparado*, cit., p. 182.

²³ P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», trad. cast. de E. Mikunda, en *Revista de Estudios Políticos*, 1993, n. 79, p. 11. Cfr. en relación con estos planteamientos de Häberle mi trabajo sobre: «El Derecho Constitucional Común Europeo en la concepción de Peter Häberle» en mi libro, *La Filosofía del Derecho en*

munes» proceden de las constituciones de los Estados de Derecho europeos, del Derecho constitucional consuetudinario de esos Estados, así como del «Derecho europeo» surgido de la Comunidad Europea, del Consejo de Europa y de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa. Esos principios integradores del DCCE están destinados a cumplir en el ámbito del Derecho público un papel análogo al desempeñado por el *ius commune* como fundamento de las instituciones del Derecho privado; conformándose como un *auténtico ius commune constitutionale*²⁴.

Compendiada en sus elementos básicos la concepción del DCCE que dimana de las tesis de Häberle se puede cifrar en: a) Un *método*: la comparación jurídica de las normas, principios e instituciones que conforman los Derechos nacionales de los Estados europeos. Peter Häberle considera al Derecho comparado como el «quinto método» de interpretación (*fünfte Auslegungsmethode*) que se añade a las cuatro posturas hermenéuticas clásicas (gramatical, lógica, histórica y sistemática) elaboradas por Savigny. La comparación jurídica «aparece así como la «clave común europea», como el método de elaboración del contexto europeo por excelencia»²⁵. b) Acorde con las exigencias de esa actitud metódica, el *fundamento* del nuevo Derecho se construye sobre «la unidad cultural de Europa, cuya raigambre forma el substrato del DCCE»²⁶. El Derecho es, para Häberle, una manifestación cultural forjada sobre experiencias positivas y negativas de la historia. Por ello, el DCCE aparece, al mismo tiempo, como consecuencia de la propia identidad cultural de los pueblos de Europa; y como un estímulo para la «europeización de Europa» (*Europäisierung Europas*)²⁷; y c) Al DCCE se le asigna como *objetivo o fin*

perspectiva histórica, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, pp. 489 ss.

²⁴ *Ibíd.*, p. 36. Vid. también sobre esta materia sus trabajos: *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat* en «Juristen Zeitung», 1989, pp. 913 ss., reed. en el vol. col. a cargo de A. López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 260 ss.; *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, en «Juristen Zeitung», 1992, pp. 1033 ss.; y *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung* en «Europäische Grundrechte Zeitschrift», 1992, pp. 429 ss.

²⁵ *Ibíd.*, p. 43.

²⁶ *Ibíd.*, p. 27.

²⁷ P. Häberle, *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung*, cit., p. 429.

prioritario el contribuir a forjar una Constitución común para Europa. En reiteradas ocasiones, con referencia expresa a la UE, se ha denunciado que se trata de una organización institucional económica y política que carece de Constitución. El DCCE vendría a colmar esa carencia e incluso a rebasarla, ya que la auspiciada Constitución europea lo sería de toda la Europa cultural y no sólo de la comunitaria. La Constitución europea representaría la casa constitucional común europea (*das gemeinsame europäische Verfassungshaus*), con múltiples alcobas hacia el interior y el exterior, pero con autoconsciencia de que sus cimientos son comunes²⁸.

Puede afirmarse, a partir de estas consideraciones, que en las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha erosionado y, en ocasiones, se ha llegado a abolir, el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, en la creación del sistema de fuentes del Derecho.

3.2. La infraestatalidad normativa

El desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no sólo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado, de forma paralela se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de *infraestatalidad normativa* manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas que se desglosa en función de criterios: a) *ratione loci*, que implican el sustancial incremento de las competencias autonómicas de los entes territoriales de carácter federal, regional o municipal; b) *ratione personae*, en cuya virtud se están acrecentando las atribuciones autonormativas de determinados grupos o colectivos sociales siendo especialmente importante este fenómeno en el ámbito profesional en lo referente a la actuación de los sindicatos. En esta materia la obra del profesor Ojeda Avilés, *Derecho sindical*²⁹ ofrece un valioso marco de referencia. Asimismo los grupos o comunidades de

²⁸ P. Häberle, *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, cit., pp. 1033 ss.; id., *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung*, cit., pp. 430 ss.

²⁹ A. Ojeda Avilés, *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 5.ª ed., 1991.

carácter religioso, cultural o deportivo contribuyen de forma creciente a la conformación de su propio *status* jurídico; y c) *ratione materiae*, ya que la complejidad de la vida en las sociedades tecnológicamente desarrolladas impone el reconocimiento de regulaciones jurídicas dotadas de un alto grado de especialización. Como ejemplo reciente se puede aquí aludir a los denominados «códigos tipo» previstos en el art. 32 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales 15/1999 consistentes en normas que pueden establecer los responsables de los ficheros públicos y privados para determinar pautas organizativas y funcionales uniformes, que abarquen aspectos básicos de su actividad, o aspectos instrumentales como la seguridad del entorno o de los programas y equipos³⁰.

Estamos, por tanto, asistiendo a una creciente potenciación de las facultades autonómicas de entes sociales inferiores al Estado. De ahí, que en algunas caracterizaciones de las fuentes jurídicas, como la debida a Alberto Predieri, se distingue entre: fuentes primarias o legislativas, secundarias o reglamentarias y terciarias como manifestación de la autonomía de los particulares que establecen reglas válidas *erga omnes* en ámbitos admitidos por el ordenamiento jurídico³¹.

4. EL DESBORDAMIENTO DE LAS FUENTES DEL DERECHO Y SUS DECANTACIONES

A la metáfora hidráulica de las fuentes le cuadra, en su cariz dramático, la imagen de los desbordamientos. Los fenómenos descritos revelan hasta qué punto las fuentes del Derecho fluyen en el presente crecidas y desbocadas, y así rebasan sus cauces ordinarios e irrumpen en espacios nuevos anteriormente no previstos para su desarrollo y su explicación.

Los nuevos cursos por los que ahora discurren, en ocasiones, turbias y turbulentas las fuentes del Derecho inciden en las tres esferas que han servido de *Leitmotiv* expositivo para estas reflexiones y que se concretan en sus respectivos aspectos: axiológico, sociológico

³⁰ Cfr. mi libro *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, pp. 385 ss.

³¹ A. Predieri, «El sistema de las fuentes del Derecho», en el vol. Col., dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, p. 246 ss.

y formal de las fuentes. Estas tres dimensiones básicas de consideración de las fuentes del Derecho tienen planteadas unas alternativas insoslayables, que contextualizan su problemática actual y su consiguiente debate teórico.

4.1. De la unidad y jerarquía al pluralismo

Uno de los signos más relevantes de la coyuntura presente de los sistemas de fuentes del Derechos ha sido el desplazamiento de su centro de gravedad desde el postulado de su carácter unitario y jerárquico al de su significado pluralista.

Es probable que haya sido Peter Häberle el constitucionalista más atento a captar y expresar esa nueva condición de los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales. Un rasgo característico de esa dimensión pluralista de las fuentes es la existencia de una multiplicidad de fuerzas y poderes creadores de normas en su ámbito. Al tiempo que el Estado constitucional pluralista se nutre de todo un amplio abanico de procedimientos formalmente bien diferenciados y con distintos grados respecto de su efectividad.

En su obra *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, define certeramente los elementos conformadores de esa instancia pluralista hacia la que ahora se orienta el sistema normativo y su consiguiente interpretación. El modelo de pluralismo que postula Häberle se manifiesta como: «multiplicidad de ideas e intereses, o viceversa, en el seno de una determinada comunidad política, dentro de los parámetros del *aquí y ahora*». Ese conjunto de ideas hace referencia a supuestos fácticos y a valores, concretándose en situaciones de consenso o de conflicto en el seno de las sociedades democráticas.

La tensión dialéctica permanente en la que se desenvuelven estos fenómenos e ideas, conduce a determinadas alternativas. El pluralismo implica básicamente la «apertura» del sistema de las fuentes del Derecho: «sus teorías y doctrinas, sus interpretaciones e intérpretes y su inherente dogmática jurídica, junto con su posterior desarrollo y progresos»³².

³² P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, cit., pp. 32 ss.; Cfr., mi libro, *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, 2010, pp. 20 ss.

Frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico se opone hoy, por lo expuesto, la idea del *pluralismo*. En su dimensión jurídica el pluralismo entraña el reconocimiento de un área de libertad o de autodeterminación interna para las organizaciones sociales. El pluralismo jurídico implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una «explosión» del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción)³³.

Se asiste ahora a una serie de fenómenos que entrañan una auténtica «subversión» de la jerarquía de las fuentes del Derecho. Incurriría en un exceso de prolijidad el intento de ofrecer una panorámica exhaustiva de los distintos ámbitos en los que se ha venido manifestando esa subversión jerárquica normativa. Baste recordar que las manifestaciones de supraestatalidad e infraestatalidad normativa, a las que se ha tenido ocasión de aludir, se han traducido en una progresiva «descodificación», o sea, en el abandono de las codificaciones formales en favor de leyes especiales y de las denominadas *soft-laws*. Asimismo, en los países integrantes de la Unión Europea se ha operado una profunda transformación de su sistema de fuentes jurídicas, motivada por la supremacía del Derecho comunitario sobre el estatal. De este modo, las *directivas*, es decir, las prescripciones sobre determinados ámbitos normativos básicos y comunes a todos los Estados integrantes de la Unión, son auténticas fuentes del Derecho con plena eficacia en los distintos ordenamientos de los países miembros³⁴.

La repercusión expansiva del pluralismo jurídico está conduciendo al progresivo abandono de los postulados de la unidad y de la jerarquía normativa en función de lo que se denominan «sistemas de interlegalidad», o sea, de la intersección de sistemas de áreas y nive-

³³ Cfr.: J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pp. 401 ss.; M.G. Losano, «La sfida del pluralismo giuridico», en *Impresa & Stato*, 1992, 18, pp. 9 ss.; V. Olgiati, «La riconversione professionale dei giuristi», *ibíd.*, pp. 34 ss.; y en la doctrina española, entre otros, M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 3.^a ed. 1982, pp. 191 ss.; A. J. Porrás Nadales, *Introducción a una Teoría del Estado Postsocial*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 140 ss.

³⁴ Vid., por todos, J. M. Peláez Marón, *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 124 ss.

les jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad. La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica del actual pluralismo jurídico propio de la postmodernidad, que ha supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, que ha sido sustituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones³⁵.

En el ordenamiento jurídico español se refleja la tensión axiológica entre los valores de unidad, jerarquía y pluralismo en la fundamentación de nuestro sistema de fuentes del Derecho. Así, la Constitución reconoce expresamente la jerarquía normativa (art. 9.3), y, al propio tiempo consagra la competencia exclusiva del Estado en la determinación de las fuentes del Derecho (art. 149.1.8). Si bien en ambos casos la técnica de positivación adoptada por el constituyente resulta discutible. En el primer supuesto por la imprecisión que entraña el situar en el mismo plano, sin aparente orden de prelación o sistemático, el *todo* (la expresa referencia a la seguridad jurídica) con las *partes* (sus distintas manifestaciones: legalidad, *jerarquía normativa*, publicidad, irretroactividad, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos). En el segundo caso porque el reconocimiento de la competencia estatal exclusiva en la determinación de las fuentes del Derecho, con carácter general, hace superfluo el que se reitere, en forma casuística, respecto a la legislación en la esfera mercantil, penal y penitenciaria, procesal, laboral, civil, sobre propiedad intelectual industrial, etc. Tampoco contribuye a una correcta disposición del sistema de fuentes del Derecho el no haber englobado unitariamente su definición y alcance en la parte dogmática de la Constitución, máxime si se parte de que las fuentes del derecho son elemento definitorio de las señas de identidad del sistema constitucional en su conjunto. A parte de la fractura de la *sedes materiae* constitucional de formulación de la jerarquía normativa y de la exclusividad estatal en la determinación de las fuentes, el régimen de éstas se remite al Código Civil. En nuestro ordenamiento jurídico el principio de la plenitud se halla ga-

³⁵ B. de Sousa Santos, «Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico», en *Sociologia del Diritto*, 1990, 3, pp. 5 ss.; id., «On Modes of Production of Law and Social Power», en *International Journal of the Sociology of Law*, 1985, 13, pp. 299 ss.

rantizado por el art. 1.7 del Código civil, que prescribe: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español lo integran la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (art. 1.1 del Código civil). Se ha calificado de paradójica esta remisión del constituyente a los poderes constituidos de «la determinación de cuales deben ser en España las fuentes del Derecho de los diferentes ordenamientos y subordenamientos»³⁶.

Como contrapunto a estos aspectos que parecen perpetuar el valor de la jerarquía normativa y el monopolio estatal en la determinación de las fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, nuestra vigente Constitución entraña una amplia recepción del valor del pluralismo. Dejando aparte la importancia que reviste la consagración del pluralismo político como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1), son muestras de la aceptación explícita del pluralismo jurídico el reconocimiento y garantía del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española (art. 2, cuyo ejercicio queda regulado en los arts. 143 y ss. del propio texto constitucional). En el propio art. 149.1 se incluyen unas disposiciones que matizan la exclusividad estatal en la creación normativa, al reconocer el respeto de las normas del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas y de las normas de los derechos forales o especiales, así como las facultades de las propias Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección del medio ambiente. Con lo que se reconocen fuentes especiales de subsistemas jurídicos de vigencia limitada a determinados territorios con formas de producción normativa peculiares. Asimismo sería un grave error soslayar o restar importancia al dato de que uno de los términos mas reiteradamente invocados en nuestro vigente texto constitucional sea precisamente la idea de participación, que, en unas ocasiones, implica una posibilidad de codeterminación en las decisiones de los órganos públicos y, en otras, la autodeterminación normativa de las organizaciones sociales.

³⁶ L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 3.^a ed., 1993, p. 127; id., «Constitución y fuentes del Derecho», en la obra colectiva *La Constitución y las fuentes del Derecho*, (3 vols.), Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1979, I, pp. 653 ss.; F. Garrido Falla, «Las fuentes del Derecho en la Constitución española», *ibíd.*, I, pp. 34 ss.

4.2. Del nacionalismo al universalismo

Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la exigencia de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Pero, como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se opone ahora el resurgir de nacionalismos de zafio cuño tribal y excluyente que, como los nacionalismos de cualquier época, han hecho cabalgar de nuevo a «los cuatro jinetes del Apocalipsis»: el hambre, la peste, la guerra y la muerte, en aquellos lugares en los que la barbarie nacionalista ha impuesto su sinrazón.

La pugna entre los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios propios del universalismo, frente a la reivindicación de la individualidad, la variedad y la diferencia propios del nacionalismo han tenido repercusiones en distintos ámbitos y contextos de la vida jurídico-política contemporánea. En una interesante exposición crítica de las labores de reforma constitucional que se están gestando en Alemania, Erhard Denninger ha podido detectar algunos rasgos que resultan altamente significativos. Según el Catedrático de Derecho Público de Francfort, en el proceso constitucional germano cristalizado en las recientes Constituciones de los cinco nuevos *Länder*, que corresponden a los territorios de la antigua Alemania Oriental incorporados ahora a la República Federal de Alemania, se pueden vislumbrar algunos factores regresivos que coinciden en potenciar lo particular frente a lo universal. Entre ellos, alude a los siguientes: una especial sensibilidad por la *desigualdad*, por aquellas peculiaridades individuales que hacen diferentes a los hombres, frente al culto por la *igualdad* que se reflejaba en la *Grundgesetz*, continuadora en este aspecto del espíritu iluminista de la Revolución Francesa. Asimismo en estas nuevas Constituciones se aprecia el gusto por la *variedad* y el redescubrimiento de la *multiplicidad*, todo ello acorde con el clima «postmoderno» que, según Denninger, impregna las actuales manifestaciones de la cultura y, en consecuencia, también la cultura jurídica³⁷.

Es evidente que la construcción de un sistema de fuentes del Derecho que evite los riesgos históricos del nacionalismo por fuerza

³⁷ E. Denninger, «La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica», trad., cast., de A. E. Pérez Luño, en *Revista de Estudios Políticos*, 1994, n. 84, pp. 69 ss.

debe presentarse con inequívoca vocación universal de signo humanista y cosmopolita. Impelen a ello una serie de fenómenos y circunstancias, a los que se tuvo ocasión de aludir al tratar de los signos caracterizadores de la *supraestatalidad normativa*.

La integración de los Estados en organizaciones internacionales y supranacionales, la garantía universal de los derechos humanos, el ejercicio de acciones humanitarias a escala mundial a través de las ONGS, la lucha contra el terrorismo y la criminalidad internacional organizada..., constituyen ejemplos notorios de los apremios universalistas del Derecho en la hora presente. No menos incidencia en las políticas y en los sistemas jurídicos estatales han tenido los procesos de necesaria interdependencia, que definen hoy el desarrollo económico a escala planetaria y que se conocen con el término de la «*globalización*». Ese fenómeno ha originado nuevos factores de cooperación internacional. Pero como contrapartida, ha producido también efectos perversos. La propia dimensión multinacional de las grandes empresas y corporaciones, su poder hegemónico en sectores económicos básicos, más que a una progresiva nivelación del bienestar entre los distintos países, ha contribuido al desequilibrio y a hacer más profundo el abismo que separa a los Estados tecnológicamente avanzados de aquellos oprimidos por el subdesarrollo. No menos incidencia planetaria poseen los requerimientos de la ecología y de los procesos de información y comunicación propios de la sociedad informatizada.

El carácter internacional e ilimitado de los procesos de comunicación que hoy permiten las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) y que tienen su símbolo emblemático en Internet, plantea nuevos retos a la concepción tradicional de las fuentes del Derecho. Existe una evidente dificultad para determinar la normativa jurídica aplicable en un medio, como el de Internet, en el que existen diferentes actores que concurren en la cadena de comunicaciones: el proveedor de la red, el proveedor de acceso, el proveedor de servicio, el proveedor de contenidos, el usuario... Este problematismo se agudiza cuando los diferentes elementos de la cadena se hallan en países distintos con legislaciones, a su vez, diferentes. En la doctrina especializada se ha aludido al fenómeno de «*déslocalización*» de las fuentes del Derecho aplicables a la multiforme problemática de formas de negociación jurídica, y de responsabilidad civil o criminal consecuencia de la utilización de Internet.

Con ello, se hace hincapié en los problemas jurídicos que plantea establecer el Derecho aplicable a actuaciones realizadas en una red planetaria sin «localización» geográfica precisa y determinada³⁸.

Ante esos apremios se evidencian las limitaciones de los Estados nacionales. En función de esta exigencia la elaboración de programas de futuro, como el ya aludido, *ius commune constitutionale europeum* se concibe como un estadio, o aspecto parcial, del desarrollo jurídico de la humanidad mientras llega la hora del Estado constitucional a nivel planetario³⁹. La penetración de los presupuestos del Estado constitucional en la Europa del Este y, a través de ella, en grandes zonas de Asia, su paulatina presencia en los países africanos en vías de desarrollo, así como el influjo del constitucionalismo hispano-luso en Iberoamérica son hitos dirigidos hacia ese logro.

No es ocioso indicar que la reivindicación de un marco universal para el sistema de fuentes del Derecho no pretende ser un instrumento solapado para absorber y fagocitar los distintos Derechos nacionales. Para evitar ese recelo habrá que insistir en que el universalismo jurídico no propugna negar ni abolir el Derecho *sui generis* propio de cada nación, sino, al contrario, pretende colaborar en su fundamentación, asumirlo y, simultáneamente, potenciarlo. Por eso la formación de un sistema de fuentes con vocación universalista debería ser el resultado de una comparación por vía inductiva de los distintos sistemas jurídicos nacionales.

Uno de los sectores de vanguardia en el proceso de comunicación y unificación de las fuentes del Derecho se halla constituido por los derechos fundamentales. Su devenir puede interpretarse como una trayectoria dirigida a culminar en *el status mundialis hominis*. Los derechos fundamentales universales deben penetrar en la teoría y en la práctica de los derechos fundamentales nacionales. Ello exige un concierto multinacional y multicultural de muchas, o, más bien, casi de todas las culturas y doctrinas de derechos fundamentales⁴⁰. La

³⁸ Cfr., sobre todo ello, mis trabajos: «Internet y los derechos humanos», en mi vol., *La tercera generación de derechos humanos*, cit., pp. 87 ss.; y « Los derechos humanos en la sociedad global», *ibid.*, pp. 243 ss., y la bibliografía allí reseñada.

³⁹ P. Häberle, *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*, ed. a cargo de D. García Belaunde y J. Brage Camazano, Palestra, Lima, 2004, pp. 55 ss. y 155 ss.

⁴⁰ P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, cit., p. 46. Häberle atribuye a un déficit de tolerancia y a falta de entrenamiento en la vivencia de una

garantía de los derechos fundamentales, en su dimensión operativa práctica, debe comenzar a implantarse a nivel de los Estados nacionales para posteriormente universalizarse, pero los derechos fundamentales nacionales no pueden interpretarse sino a partir de los derechos humanos universales; y en ello el art. 10.2 de la Constitución española ofrece un estimulante ejemplo.

5. CONCLUSIÓN: HACIA UN NUEVO MARCO TEÓRICO DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Intuyen los juristas, y se ha encargado de hacerlo explícito Alberto Predieri, que: «Toda la historia del Derecho puede ser analizada desde la óptica de la lucha entre las fuentes del Derecho, consideradas como proyección de las unidades institucionales (Gobierno, Cámaras, etc.), en las que y tras de las que actúan fuerzas políticas, clases, grupos hegemónicos, y como organización de las funciones fundamentales de tales unidades»⁴¹. Por eso apenas existe algún aspecto del ordenamiento jurídico que no incida o se vea afectado por el sistema de fuentes. Es notorio además que la teoría de las fuentes se manifiesta en cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico de forma peculiar y con consecuencias diferenciadas. Consciente de la inutilidad de cualquier esfuerzo por poner límites a lo infinito, así como del carácter superfluo que entraña la pretensión de llevar leña al bosque, es decir, la reiteración de temas abordados cumplidamente por los especialistas de las distintas disciplinas jurídicas, he intentado orien-

cultura universal de los derechos fundamentales, la eclosión de los «nuevos nacionalismos» surgidos en la Europa del Este para llenar el vacío ideológico dejado por la quiebra del marxismo-leninismo. Ello ha provocado las funestas consecuencias, especialmente trágicas en la antigua Yugoslavia, de Estado integrados por diversos pueblos que se desmoronan entre guerras civiles en pequeños Estados que, a su vez, siguen teniendo problemas con sus minorías. *El concepto de los derechos fundamentales*, cit., p. 44. Vid. también sobre el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, G. Peces-Barba, con la colaboración de R. de Asís y A. Llamas, *Curso de derechos fundamentales, (I). Teoría general*, Eudema Universidad, Madrid, 1991, pp. 150 ss.

⁴¹ A. Predieri, «El sistema de las fuentes del Derecho», cit., p. 154. Vid., sobre esa misma tesis: R. Guastini, *Teoría e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 27 ss.; L. Pegoraro y A. Rinella, *Las Fuentes del Derecho Comparado*, ed., cast a cargo de D. García Belaunde y J. F. Palomino Manchego, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Lima, 2003, pp. 39 ss.

tar estas consideraciones hacia unos propósitos convergentes que ahora me cumple recapitular.

A través de esta exposición se ha intentado poner de relieve cómo los debates doctrinales sobre las fuentes, no obedecen a preferencias fortuitas o inmotivadas. Casi siempre, esas posturas teóricas son el fruto de las propias transformaciones políticas y sociales que acompañan el devenir de las fuentes del Derecho. He intentado ofrecer noticia compendiada de las metamorfosis actuales que se están produciendo en el ámbito de las fuentes. La profundidad de esos cambios y mutaciones ha determinado un desbordamiento de su propia significación. El fenómeno del desbordamiento de las fuentes representa la más evidente proyección jurídica de las transformaciones del Estado de Derecho. Así como del desbordamiento político de los Estados nacionales, en cuyo seno se forjó y fue elaborada por la Dogmática la concepción moderna de las fuentes que ha llegado hasta nosotros. La cuestión básica a dilucidar se concreta en si la metamorfosis y consiguiente crisis de esa concepción de las fuentes del Derecho, ha hallado los pertinentes marcos conceptuales para ser adecuadamente explicada por la teoría jurídica.

Refiere Giovanni Boccaccio en uno de los cuentos satíricos que integran su célebre *Decamerón*, la historia de Fray Cipolla (cebolla). Este clérigo promete a unos campesinos mostrarles una pluma del arcángel Gabriel. Dos pícaros deciden burlarse del fraile, sustituyendo la pluma por unos carbones. Cuando en la culminación de su sermón Fray Cipolla advierte la treta, no se inmuta. En lugar de ello, exhorta a los campesinos a no sentirse defraudados, por la transmutación de la pluma en carbones, pues se trata de los carbones con los que asaron a San Lorenzo⁴².

El relato alecciona y previene del riesgo, muchas veces recurrente en la filosofía y la teoría jurídicas, de hacer pasar carbones por plumas; en otros términos, de pretender soslayar las importantes transformaciones que operan sobre los conceptos y categorías del derecho, recurriendo a explicaciones artificiosas o escamoteadoras. Para evitar ese riesgo, me ha parecido insoslayable plantear los principales fenómenos que contextualizan el debate actual y pueden permitir reencauzar la teoría de las fuentes del Derecho.

⁴² G. Boccaccio, *Decamerón*, VI, 10.

He intentado dar cuenta de un relevante desplazamiento de las fuentes. Me parece obvio admitir que un sistema *jerárquico*, rígido, centralista y basado en la hegemonía absoluta de la ley y el monopolio estatal de la creación normativa, ha sido ampliamente rebasado por las circunstancias del mundo actual y sería abiertamente incompatible con uno de los valores básicos de las sociedades democráticas: el *pluralismo*.

Respecto al tránsito desde el *nacionalismo* al *universalismo*, como sustrato sociológico y político sobre el que hoy se debate la teoría de las fuentes, me decanto abiertamente por el segundo término de la opción. La estrechez del enfoque nacionalista, el exclusivismo e incomunicación de fuentes que comporta, devienen cada vez más imposibles en un mundo interconectado. Una teoría de las fuentes que quiera situarse a la altura de los apremios de las sociedades de este fin de siglo necesariamente debe suponer un estadio en la construcción del Derecho común de la humanidad. En este punto no está demás recordar una certera observación del profesor Truyol y Serra, avalada por la experiencia histórica, de que el peligro para la identidad y la personalidad nacionales no ha procedido de su incorporación libre a comunidades más amplias, sino más bien de conquistas o anexiones, de intentos de asimilación directa o indirecta, o formas hegemónicas⁴³. Dicho en otros términos, que el enemigo de la identidad y personalidad nacionales no debe buscarse en el universalismo, que incita a la *Aufhebung* libre y consciente de las contingencias particularistas en aras de lo trascendente común, sino en otros nacionalismos más fuertes y agresivos. Queda abierta como tarea de la ciencia y la filosofía jurídicas de nuestro tiempo, una elaboración teórica de las fuentes encaminada a hacer posible una *universalis civitatis* en la que se consagre plenamente el auspiciado *status mundialis hominis*.

El nuevo orden mundial de una sociedad interconectada y globalizada invita a contemplar los sistemas de fuentes del Derecho desde una perspectiva universalista, que supere la visión fragmentaria y parcelada de los mismos. Se trata de elaborar un nuevo paradigma teórico a partir de un nuevo *método* y una nueva *mentalidad*. Para ilustrar ese nuevo paradigma pudiera aludirse a una metáfora que

⁴³ A. Truyol y Serra, *La integración europea idea y realidad*, Discurso de Recepción de Académico de número, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1972, p. 68.

resulta clarificadora. Si se desea entender el marco actual de las fuentes, es necesario sustituir una visión tradicional del mundo jurídico como un mapa político, en el que los distintos colores, representaban las fronteras de los Estados, rígidas e infranqueables. Esa imagen se ha visto reemplazada por un espacio interconectado y globalizado que se asemeja a los mapas físicos, en los que los fenómenos jurídicos, como si se tratara de fenómenos atmosféricos, (ciclones, anticiclones, borrascas, vientos del este y del oeste...), se producen y expanden sin que puedan ser limitados o encerrados por fronteras nacionales.

El nuevo paradigma teórico de las fuentes del Derecho implica la superación del viejo modelo construido a partir de las fronteras jurídicas nacionales. Los ciudadanos y los juristas del siglo XXI deben ser conscientes de esa superación del marco territorial de los Estados nacionales, en lo que atañe al significado y operatividad de sus sistemas normativos. Guste o no, vivimos en un mundo en el que los destinos de las naciones están estrechamente relacionados entre sí en cuanto se refiere a sus fuentes jurídicas. Los esquemas rígidos de interpretación de las fuentes, basados en la soberanía estatal, en las fronteras nacionales y en compartimentos explicativos cerrados, son del todo inadecuados e insuficientes para captar los problemas de nuestro tiempo. Sea cual fuere la explicación que finalmente adoptemos sobre este fenómeno, cualquier deliberación que se precie de actual relativa a las fuentes jurídicas, requiere un enfoque universal, un conocimiento del Derecho comparado y la apertura hacia los nuevos marcos teóricos requeridos por la nueva situación.

Concluyo y al hacerlo retomo la recurrente metáfora hidráulica que parece consustancial al tratamiento de las fuentes del Derecho. En la naturaleza las fuentes tienden a convertirse en ríos que, por decirlo con la impecable expresión de Jorge Manrique, van a dar a la mar. En el mundo jurídico la reflexión sobre las fuentes desemboca en un inquirir relativo al origen, la estructura, el fundamento y el fin del Derecho; un océano de problemas sobre los que navegan y, a veces, naufragan los marcos teóricos de la ciencia y la filosofía jurídica.

FUENTES DEL DERECHO Y SOCIEDAD CIVIL: LA PARTICIPACIÓN DE ÉSTA EN LA CREACIÓN NORMATIVA, DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

MONTSERRAT ABAD CASTELOS

*Profesora Titular de Derecho Internacional y Relaciones
Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO:—I. Introducción: la influencia de las OSC en el arraigo de nuevos valores en la sociedad internacional.—II. El contexto que propicia la mayor intervención de las OSC en el escenario internacional: una *nueva diplomacia*.—III. Muestras de la influencia concreta de las OSC por sectores: Medio Ambiente, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, desarme...—IV. La incidencia de las OSC en el bloqueo de ciertos intentos de regulación internacional y en la elaboración de códigos de conducta.—V. ¿Pueden las OSC llegar a colocarse en pie de igualdad con el Estado?—VI. Otra manera de contribuir a la creación del Derecho Internacional: a través de la contribución a su aplicación.—VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: LA INFLUENCIA DE LAS OSC EN EL ARRAIGO DE NUEVOS VALORES EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

La sociedad civil, y en particular las organizaciones que emergen de ella (OSC) ocupan un lugar importante en la aportación a la entrada y arraigo de nuevos valores en la sociedad¹. Está contrastado,

¹ C. Teijo incide en este ámbito, al apuntar que el desarrollo del ordenamiento jurídico internacional, como cualquier otro sistema, «(...) no proviene de la nada, de un vacío social (...), sino que, en la mayor parte de los casos, se trata de un crecimiento progresivo e imperceptible a través del que surgen valores y echan raíz en la sociedad nuevas ideas; al fortalecerse ciertas ideas y valores se vuelven cada vez más necesarios en la conciencia social, hasta el punto de dar lugar a un sentimiento irresistible de que los valores deben ser formalmente sancionados y protegidos»; C.

en efecto, el influjo ejercido por las OSC en los primeros estadios de generación normativa, principalmente en los campos relativos a los derechos humanos y a la protección del medioambiente. Cabe así resaltar su influencia en el progreso de la situación vivida por los pueblos indígenas, la abolición de la pena de muerte, de la tortura, o del *apartheid*. Asimismo, puede entresacarse su importante papel en la comprensión por la opinión pública de los efectos desproporcionados de ciertas armas que no respetan el principio de distinción y que causan males superfluos e innecesarios. Igualmente, cabe destacar, entre otros muchos posibles ejemplos, su papel en la sensibilización ciudadana ante el problema del agujero en la capa de ozono o de las amenazas para la biodiversidad. Las organizaciones no gubernamentales han ejercido una influencia perceptible contribuyendo a generar conciencia sobre la existencia de hechos o problemas desde el punto de vista científico y sobre cuestiones que necesitan una regulación jurídica.

II. EL CONTEXTO QUE PROPICIA LA MAYOR INTERVENCIÓN DE LAS OSC EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL: UNA NUEVA DIPLOMACIA

Sin perjuicio de lo dicho, sin duda el proceso de influencia más llamativo protagonizado por las OSC es el que tiene lugar con respecto a la fuente por excelencia del ordenamiento jurídico internacional, esto es, en el proceso de celebración convencional, gracias en gran medida a un complejo multilateralismo presente, si no en la mesa de negociaciones, sí en el marco, más amplio, de celebración de los tratados². También se ha hablado, incluso en el lenguaje diplomático

TEIJO GARCÍA, «Redes transnacionales de participación ciudadana y ONG: alcance y sentido de la sociedad civil internacional», *Las ONG y la política. Detalles de una relación*, M. Revilla Blanco (ed.), Istmo, Madrid, 2002, pp. 172-247; p. 215. No obstante, en este transcurso, que supone la génesis del Derecho, «resulta tremendamente difícil identificar la curva del largo proceso de transformación progresiva a través de la zona gris que separa el valor social emergente de la regla bien jurídica establecida (...). En esta zona gris ha proliferado el *soft-law* internacional y en ese terreno de génesis normativa podemos apreciar cómo las ONG desarrollan una actividad militante que busca ampliar las fronteras de la legalidad internacional»; *ibíd.*, pp. 215 y 216.

² Puede verse R. O'BRIEN, «Complex Multilateralism: The Global Economic Institutions and Global Social Movements Nexus», (*paper*), *Conference on Non-*

corriente, de *diplomacia abierta o pública* en tal sentido, queriendo designar esta nueva realidad en que más actores, diferentes a los estatales, tienen cabida en alguna etapa del proceso de elaboración convencional, aunque sea distante ya de la acepción originaria de la expresión³. Esta «nueva diplomacia multilateral» se caracteriza, en cualquier caso, como certeramente describe Pérez-Prat, por cinco rasgos distintivos: en primer lugar, «se trata de procesos protagonizados por potencias medianas y pequeñas». Éstas son, de hecho, las que propulsaron la negociación de tratados como la Convención contra las minas antipersonales y el tratado por el que se establece el Estatuto de la Corte Penal Internacional, precisamente las Convenciones que el autor toma como referencias para realizar esta caracterización (países como Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Irlanda, Noruega o Suiza); en segundo lugar, se produce una estrecha conexión con ONG coaligadas; en tercer lugar, destaca el *modo* de articulación (más que la intensidad u otro carácter) del esfuerzo participativo, esto es, «la constitución de amplias coaliciones» posibilitando «el desempeño de las organizaciones de la sociedad civil como un único actor», pese a la intervención en ocasiones, como en los casos de estos dos tratados, de un «número superior al millar de ONG». En cuarto lugar, «el abandono de la regla del consenso como principio aplicable al proceso decisorio», de modo que recurriendo a la regla de una mayoría se evita que los países opuestos puedan ejercer un veto sobre el avance de las negociaciones». Y, por último, en quinto lugar, también con el acento puesto en los dos tratados citados, «no debe ignorarse que otra de las cuestiones que lubricaron y facilitaron los procesos y, a la postre, permitieron su éxito, fue la alta sensibilidad que para la opinión pública internacional y para las opiniones públicas nacionales de los diferentes países despertaron los temas a abordar en ambas Conferencias»⁴.

Se ha advertido en esta línea un potencial normativo importante en la acción de los denominados *global justice movements*, que han

State Actors and Authority in the Global System, November 1st, 1997, University of Warwick.

³ Para hacer referencia, a partir de los Catorce Puntos del Presidente Wilson, a la actuación opuesta a la conclusión de pactos o acuerdos secretos.

⁴ L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, «Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional», *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, V. Abellán Honrubia y J. Bonet Pérez (Directores), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 19-38; pp. 29-31.

emergido a partir del principio del presente siglo, contando con un punto de referencia fundamental en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas, en el año 2000, cuyo documento final ha inspirado a estos movimientos en los años siguientes⁵. Temas como la paz, el desarme, la globalización, la justicia, la equidad y la democracia, que no habían sido incluidos en las Cumbres precedentes o en las agendas de los principales eventos de las sociedad civil global ocuparon entonces un lugar central en el documento final⁶. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que las *redes transnacionales* se han convertido en actores clave «with a major role in terms of aggregation of social forces, development of common identities and visions, formulation of campaign strategies, and implementation of political struggles. In the last decades, transnational networks have been major advocates in the promotion of normative change in society, though they have also carried out alternative practices (such as fair trade or solidarity work) that are largely separate from the spheres of global politics and the global economy»⁷.

III. MUESTRAS DE LA INFLUENCIA CONCRETA DE LAS OSC POR SECTORES: MEDIOAMBIENTE, DERECHOS HUMANOS, DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, DESARME...

Cada investigador tendrá en mente la influencia concreta que las OSC puedan tener en los sectores específicos del Derecho internacional que tiene como líneas de trabajo. Incluso es probable que haya percibido un aumento de su actividad, y aun de su ascendencia en los últimos años. Lo cierto es que ésta se ha producido fundamentalmente en materia de medioambiente, derechos humanos, Derecho internacional humanitario y algunas áreas conexas⁸.

⁵ PIANTA, M. y MARCHETTI, R., «The Global Justice Movements...», *loc. cit.*, p. 39.

⁶ *Ibid.*, p. 39.

⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁸ En cualquier caso, como expresa Pérez-Prat, «podría decirse que en la actualidad no hay un ámbito internacional que escape de su interés. Hasta en los más insospechados marcos parecen las ONG haber contribuido a crear espacios en los que se solicita su colaboración, hasta en algunos ámbitos de irrefragable estatalidad

De todas formas, ha de señalarse, como ha advertido C. Teijo, que muchas veces sencillamente resulta imposible medir el alcance de la influencia real de las OSC en la creación normativa internacional, y en concreto su impronta en los tratados⁹. Muchas veces se puede probar y documentar su participación formal, pero no su influencia real, sobre todo cuando ésta ha tenido lugar a través de cauces informales. No pocas veces es en los pasillos o antes incluso de llegar a la sede física de una negociación dónde y cuándo los delegados estatales ya conocen las líneas rojas (para las OSC) que no pueden traspasar si no quieren que un determinado asunto trascienda a la opinión pública, con las implicaciones que esto a su vez puede tener, entre otras, para el Gobierno a efectos electorales internos. Dicho de otra forma, muchas veces la presión es *meramente* indirecta, y, en consecuencia, muy difícil de calibrar. Aun así, es obvio que tal presión tiene frutos.

Por lo que se refiere al espacio medioambiental, el trabajo de las OSC ha demostrado ser especialmente influyente y provechoso a la hora de elaborar ciertas normas convencionales, debido, entre otras razones, al hecho de que «la complejidad técnica de muchos temas medioambientales crea un vacío de conocimiento en el que los representantes de las ONG pueden moverse»¹⁰. Se ha destacado en este

han asomado su presencia»; L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad civil y Derecho internacional... op. cit.*, p. 47.

⁹ «(...) la negociación diplomática funciona de un modo bastante similar a un proceso de *caja negra* en el que se mezclan diferentes elementos, entre los que hay que contar la influencia no gubernamental, para obtener un resultado de carácter normativo como fruto de la interacción de estos elementos. Desde fuera podemos llegar a conocer documentalmente como han evolucionado las posiciones de los actores protagonistas del proceso, los Estados, mediante los trabajos preparatorios y la documentación oficial de la conferencia. Pero, excepto en casos aislados (...), resulta difícil enterarse mediante documentos oficiales del papel que han jugado actores ociosos, como las OING, en el contexto de una negociación internacional»; C. TEIJO, *Organizaciones Internacionales No Gubernamentales y Derecho Internacional... op. cit.*, p. 82.

¹⁰ C. TEIJO GARCÍA, «Redes transnacionales de participación ciudadana y ONG...», *Las ONG y la política...* 2002, *loc. cit.*, p. 218.

También desde un punto de vista doctrinal, se han reconducido a cinco las funciones que las ONG juegan en la protección medioambiental internacional: «(1) identifying environmental issues and the general principles and parameters of international law which respond to those issues; (2) acting as environmental ombudsmen/guardians of the environment and mobilising public, diplomatic and political pressure to respond in relevant cases; (3) drafting or influencing international envi-

sentido cómo durante el proceso de elaboración del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono hubo un estrecho contacto entre los científicos y los negociadores¹¹. Pueden ponerse además los ejemplos de la influencia de la *International Toxic Waste Action Network* sobre el Convenio de Basilea sobre el control del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, adoptado en 1989, de la *Biodiversity Action Network* (BIONET) en relación con las negociaciones sobre biodiversidad o del Protocolo de Kioto a la Convención Marco sobre Cambio climático, adoptado en 1997.

En el ámbito de los derechos humanos, el papel desempeñado por *Amnistía Internacional* en lo relativo a la evolución habida en ciertos aspectos, como la pena de muerte, está bien documentada. También parece reconocida la ascendencia ejercida por entidades como el Congreso Judío Mundial, Cáritas, Unión Interparlamentaria, *International Union for Child Welfare* o la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja sobre algunos aspectos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, en 1951¹². De igual modo, puede destacarse el importante papel que desempeñó el *Comité Internacional de la Cruz Roja* a la hora de preparar los proyectos que sirvieron de base de trabajo a la *Conferencia Diplomática para la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario*, celebrada en

ronmental standards, generally contained in treaties (often referred to in the literature as 'standard-setting'); (4) enforcing environmental protection standards; (5) acting in advisory capacities to treaty bodies and other international bodies»; D. TOLBERT, «Global Climate Change and the Role of International Non-Governmental Organisations» (Chapter 6), *International Law and Global Climate Change*, International Environmental Law and Policy Series, Edited by R. Churchill and D. Freestone, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, London / Dordrecht / Boston, 1991, pp. 95-108; p. 98.

¹¹ J. GUPTA, «The Role of Non-State Actors in International Environmental Affairs», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* [Heidelberg Journal of International Law (HJIL)], vol. 63, 2003, pp. 459-486; p. 466.

¹² Al respecto, puede consultarse A/CONF.2/SR.2, p. 24; A/CONF.2/SR.10, pp. 5-6; A/CONF.2/SR.14; p. 6; A/CONF.2/SR.15, pp. 4-5; A/CONF.2/SR.19, p. 5; A/CONF.2/SR.19; pp. 26-27; A/CONF.2/NGO/5, pp. 1-2; A/CONF.2/NGO/7, p. 2; A/CONF.2/NGO/9, p. 1.

Puede verse también C.M.E. NCHAMA, «The role of the non-governmental organizations in the promotion and protection of human rights», *Bulletin of Human Rights*, vol. 90/1, 1991 (II. The Role of Non-Governmental Organizations); pp. 50-83; en especial, pp. 75 y ss.

Ginebra, entre los años 1974 y 1977¹³. También es entresacable el caso del *Comité Suizo contra la tortura*, como entidad no gubernamental influyente a la hora de iniciar y promover el Convenio europeo contra la tortura adoptado en el marco del Consejo de Europa¹⁴. Asimismo, puede destacarse también la labor de Organizaciones como la *Comisión Internacional de Juristas*, nacida en 1952 y que tiene su sede central radicada en Ginebra¹⁵.

La *Comisión Internacional de Juristas*, gracias en gran medida a su pericia técnica ha podido desempeñar un papel especialmente importante a la hora de identificar lagunas en el ordenamiento jurídico internacional, en todo el sector relativo al Derecho internacional de los derechos humanos y a cuestiones concomitantes, y de sensibilizar a los actores gubernamentales y no gubernamentales del orden internacional para hacer progresar el ordenamiento jurídico¹⁶. El contenido de muchos de sus *proyectos de Convenciones* o de *Declaraciones* cuenta con el éxito de haberse tenido en cuenta en instrumen-

¹³ M. Costas ha destacado, asimismo, otras dos muestras del papel jugado por el CICR en la creación de normas jurídico-internacionales; una, sobre un plano concreto de consideración (destacando la influencia ejercida en el art. 20 de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las NU y el Personal Asociado), y, otra, en un plano ambivalente, situándose simultáneamente tras un prisma particular y, a la vez, mucho más general de observación (al poner de relieve el espaldarazo que el Tribunal *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia ha dado a la promesa de confidencialidad del CICR en el plano jurídico, a través del pronunciamiento vertido en su sentencia de 27 de julio de 1999, que para la autora citada implica que «el reconocimiento que hace el Tribunal constituye una prueba irrefutable de que la doctrina interna del CICR es un cuerpo de normas que, además de regir el comportamiento interno de esta organización, está integrado por reglas de Derecho internacional humanitario in *statu nascendi*, con la potencialidad de trascender a nivel internacional, no sólo dando lugar a la creación de nuevas normas convencionales, sino también contribuyendo a la formación de normas de carácter consuetudinario»; M. COSTAS TRASCASAS, «El CICR y la regla de la confidencialidad como garantía funcional de su actuación: Reflexiones al hilo de la decisión del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 27 de julio de 1999», *Revista Española de Derecho Militar*, número 76, julio-diciembre 2000, pp. 31-68, p. 43 (nota a pie de página núm. 42) y p. 68, respectivamente.

¹⁴ Tanto este ejemplo como el anterior son reseñados por J. A. CARRILLO SALCEDO, en su *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 35 y 36.

¹⁵ Véase *La Commission Internationale de Juristes. Ses objectifs, son organisation et ses activités*, Genève, 1984.

¹⁶ Cfr. Y. BEIGBEDER, *Le Role International des Organisations Non Gouvernementales*, Bruylant / LGDJ, Bruxelles / París, 1992; p. 125.

tos concretos, muchos de ellos de índole normativa. Así, parece probada su influencia, por ejemplo, en la promoción de la Convención europea contra la tortura, en el primer instrumento internacional sobre la independencia del poder judicial¹⁷ o en la *Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos*, adoptada en Nairobi en 1981, por la Asamblea de la, entonces, Organización de la Unidad Africana, antes de convertirse en la Unión Africana¹⁸. También puede entresacarse la labor que la misma organización ha venido desplegando con el objeto de lograr la abolición de los tribunales militares para el conocimiento de los casos que desborden el ejercicio de una jurisdicción genuinamente castrense, sobre todo tras la tendencia encabezada por Estados Unidos a partir del 11 de septiembre de 2001, de emplear la justicia militar en el combate contra el terrorismo¹⁹.

Además de todo ello, ha de tenerse en cuenta que durante el transcurso de un proceso de celebración convencional, es resaltable la existencia de numerosos instantes y modos a través de los cuales las ONG pueden dejar su impronta. Piénsese como ejemplo, para empezar, en el hecho de que se acrediten miembros de ONG como asesores o integrantes de las delegaciones gubernamentales en la negociación

¹⁷ Al respecto, véase N. MacDERMOT (Secretario General de la Comisión Internacional de Juristas), «The Role of NGOs in human rights standard-setting», *Bulletin of Human Rights*, vol. 90/1, 1991 (II. The Role of Non-Governmental Organizations); pp. 42-49; p. 42. El mismo representante de la Comisión Internacional de Juristas entresacaba a su vez otras influencias probadas, como sería el caso de la ejercida sobre la reforma del Derecho japonés en materia de discapacidad.

¹⁸ Véase H. TOLLEY, «ICJ Strategies for Human Rights Standard Setting», *Human Rights Quarterly*, vol. 11, 1989, pp. 583 ss.; C.E. WELCH, *Protecting Human Rights in Africa: Roles and Strategies of Non-Governmental Organisations*, U. P., Pennsylvania (Philadelphia), 1995 y «Statistical Issues in the Field of Human Rights: Introduction», *Human Rights Quarterly*, vol. 8, 1986, pp. 551 ss.

¹⁹ Al mismo tiempo, deben destacarse, a nuestro juicio, los esfuerzos que en los últimos años viene desplegando esta misma organización, al insistir de modo reiterado en la necesaria vinculación entre las compañías multinacionales y la protección de los derechos humanos, para proteger a estos últimos en el contexto de la globalización, y al propiciar el seguimiento de ciertas claves de actuación, que, entre otras metas, se proponen el aumento de la conciencia y preocupación de las empresas transnacionales por el respeto de los derechos humanos, como un prerrequisito para el *éxito comercial sostenible*. En esta dirección, puede consultarse «Human Rights in the context of Globalization» (Economic, social and cultural rights: written statement; submitted by the International Commission of Jurists), UN, 29 Jan. 1999; Doc. E/CN.4/1999/NGO/48.

de tratados internacionales. En esta dirección, y a causa de que los pequeños Estados no siempre pueden permitirse el envío de una nutrida delegación para participar en las sesiones negociadoras de proyectos de Convenciones internacionales, no es ya infrecuente contemplar cómo miembros o ex miembros de ONG pasan a formar parte de las delegaciones nacionales²⁰.

Piénsese, igualmente, en la participación de las OSC en la presentación de propuestas concretas o en la importancia de presionar para conseguir compromisos entre negociadores²¹; en la fuerza de su empuje para lograr la adopción de algún instrumento²²; y, también, en la eficacia de su presión para conseguir la ratificación de nuevos tratados. En este último sentido, se ha puesto de relieve, por ejemplo, cómo las OSC nacionales han resultado ser los actores más eficaces

²⁰ Así, ONG dedicadas a la protección del medio ambiente aportaron un gran apoyo a pequeños Estados archipelágicos durante las distintas etapas de celebración de la Convención Marco sobre el Cambio Climático. En concreto, I. Fry, antiguo miembro de Greenpeace y J. Werksman, de FIELD, por poner un ejemplo, han presentado a varios Estados archipelágicos del Pacífico durante las negociaciones de dicho Tratado. Cfr. P. CHASEK, «NGOs and State Capacity in International Environmental Negotiations: The Experience of the Earth Negotiations Bulletin», *Review of European Community & International Environmental Law*, Volume 10, Issue 2, 2001, pp. 168-176; p. 171.

²¹ La presentación de sugerencias concretas puede hacerse de forma más o menos directa; a veces, casi de manera *encubierta*. En cualquier caso, supone una actividad de asesoramiento que resulta especialmente útil para los países menos avanzados. Sin ir más lejos en la Cumbre que la OMC mantuvo en Cancún, en septiembre de 2003, se llegó a estimar que una ONG como Oxfam se erigió «en una especie de negociador en la sombra». Tanto es así, que algunos representantes estatales llegaron a endosar sus posiciones. Por ejemplo, el ministro de Comercio de Camboya alegaba, en este sentido, que su posición sobre la cuestión debatida era la misma «que figura en el documento de Oxfam»; *El País*, 13 de septiembre de 2003, p. 7.

²² Una Coalición internacional de 11 ONG dedicadas a la protección de los derechos humanos ha venido realizando una campaña de apoyo a la adopción del Proyecto Facultativo a la Convención contra la Tortura. Dicha Coalición estaba integrada por las siguientes Organizaciones: *Amnistía Internacional*, *Asociación para la Prevención de la Tortura*, *Human Rights Watch*, *Comisión Internacional de Juristas*, *Federación Internacional de Acción Cristiana para la Abolición de la Tortura*, *Federación Internacional de los Derechos Humanos*, *Liga Internacional de Derechos Humanos*, *Servicio Internacional para los Derechos Humanos*, *Consejo Internacional de Rehabilitación para Víctimas de la Tortura*, *Redress Trust*, *Organización Mundial contra la Tortura*. Véase más información en AI, «Otro paso adelante contra la tortura»; IOR 40/020/2002 e IOR 40/0182002/s. El Protocolo Facultativo sería aprobado por la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 7 de noviembre de 2002.

cuando se ha tratado de lograr la ratificación de Convenciones internacionales de la Organización Internacional del Trabajo²³. En el mismo orden de ideas, debe hacerse hincapié en lo decisivo que puede llegar a ser que las ONG hagan una publicidad crítica de las reservas interpuestas por los Estados, cuando éstos proceden a ratificar Convenciones²⁴. Además, algunas ONG siguen la práctica de hacer pública una lista con los Estados que faltan por manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado masivamente ratificado, animándoles a vincularse por éste, así como alentando a otros Estados que sí tienen la condición de partes a retirar las reservas que hubiesen formulado en su día. Qué duda cabe de que este tipo de estrategia sirve como movilizadora de la actuación de algunos Estados²⁵.

Además, debe ponerse de relieve la labor concreta desarrollada por parte de las ONG en la *tramitación* de ciertas Convenciones, entre las cuales son destacables algunas ya citadas, como la destinada a la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y su destrucción, o al establecimiento de la Corte Penal Internacional, y también otras como la relativa a la protección de los derechos del niño²⁶ o la Convención Marco sobre el

²³ Contribuyendo así, como expone el juez R. RANJEVA, al «dépassement de la dichotomie droit international / droit interne, dans le cadre notamment du respect de la prééminence du droit international»; «Les ONG et la mise en oeuvre du droit international», *Recueil des Cours*, Tome 270, 1997, pp. 11-105; p. 37. Sobre ello, más extensamente, puede verse D. GALLIN, «Trade Unions and NGOs. A necessary partnership for social development», *Transnational Associations*, 1/2001, pp. 17-36, especialmente, pp. 21 y ss.

²⁴ Al respecto, puede verse M. THOMSON, «Defining the Role of Non-Governmental Organizations: Splendid Isolation or Better Use of NGO Expertise?», *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Edited by A. F. Bayefsky, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 2000, pp. 219-226, p. 219.

²⁵ Sirva como ejemplo el caso de la «Lista de los Estados que no han ratificado la Convención contra la Tortura», difundida por Amnistía Internacional en el año 2002, en el marco de una campaña desarrollada con motivo de la celebración del 15 aniversario de su entrada en vigor. Documento NWS 21/005/2002.

²⁶ Pueden verse, entre otros, los siguientes documentos y lugares de Internet: *NGO Participation in Activities of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Doc. E/C.12/1993/WP.14 (12 May 1993); *A Guide of Non-Governmental Organizations Reporting to the Committee on the Rights of the Child*, NGO Group for the Convention on the Rights of the Child, 1998 (www.crin.org/crc/guidelns.htm).

Control del Tabaco o la Convención sobre las municiones en racimo. Intervención que ha sido analizada por la doctrina desde diferentes ópticas.

La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y su destrucción, adoptada en Ottawa en 1997, presenta peculiaridades susceptibles de reseña aquí por varias razones. En primer lugar, resulta ilustrativa sobre cómo las ONG pueden tomar la iniciativa en la codificación y en el desarrollo progresivo del Derecho internacional por vía convencional, ya que es dudoso que los Estado hubiesen actuado por su cuenta de avanzadilla cómo se hizo y, ante todo, cuándo se hizo. Lo cierto es que la plataforma de ONG *International Campaign to Ban Landmines* (ICBL), creada en 1991, auspició la realización de la primera Conferencia internacional sobre la cuestión en 1993, estando integrada todavía por sólo seis ONG, pese a que su composición medraría hasta superar los tres centenares. En relación con esta Convención, ha de destacarse la influencia de las OSC en múltiples estadios y formas: el empuje sobre la propia convocatoria de la Conferencia internacional, el logro que supuso el atraer hacia su causa a algún Estado inicialmente resistente al establecimiento de una prohibición absoluta de las minas terrestres, como era el caso del Reino Unido, o su influencia en el contenido concreto de la Convención²⁷.

En el mismo orden de cosas, cabe indicar que el papel ejercido por las OSC en el transcurso de la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y aún después, ha sido intenso. En 1995, se constituyó en Nueva York la *Coalición de ONG por una Corte Penal Internacional* (CCPI o la Coalición; a partir de aquí, la Coalición), la cual evolucionó desde estar constituida por un pequeño grupo de ONG hasta contar en la actualidad con una red de más de dos mil organizaciones²⁸. Con respecto a los resultados normativos concretos logrados gracias a la iniciativa y presión de las ONG, podrían desta-

²⁷ K. R. RUTHERFORD, «The Evolving Arms Control Agenda. Implications of the Role of NGOs in Banning Antipersonal Landmines», *World Politics*, vol. 53, October 2000, pp. 74-114; pp. 74 ss.; y, en especial, p. 87 y pp. 92 ss., en donde el autor cita algunos apoyos a esta tesis, como la intención declarada en tal sentido por representantes de ONG (como *Human Rights Watch*). Véase también *id.*, «Internet Activism: NGOs and the Mine Band Treaty», *International Journal on Grey Literature*, vol. 1, number 3, 2000.

²⁸ En enero de 2010. Puede comprobarse en <http://www.iccnw.org/espanol>.

carse varios. Para empezar, las ONG son nombradas expresamente en ciertas disposiciones; por ejemplo, las disposiciones contenidas en el artículo 15.2 y en el 44.4 del Estatuto de Roma, en relación con la función de *información y asesoramiento* desempeñable por las ONG. Es de subrayar también el hecho de que el Estatuto haya sido considerado como el primer instrumento internacional de carácter convencional en el que se incluye una referencia al «género», así como una especificación con respecto al mismo²⁹. Logro que ha sido atribuido, desde luego, al empuje y a la resistencia manifestada por las ONG durante los tres días que duró la negociación en torno a dicha inclusión, sobre todo, frente a la posición del Vaticano y de ciertos Estados unidos por convicciones religiosas, principalmente cristianas e islámicas³⁰. Hay que tener en cuenta, además, que el Estatuto incorpore la violación sexual como un delito tan grave como la tortura o la esclavitud. Y, asimismo, parece reseñable la exigencia de que entre los miembros de la Corte deba haber una representación equilibrada de hombres y mujeres³¹.

En cualquier caso, las repercusiones de la actividad desplegada por las ONG no sólo se han dejado sentir en los prolegómenos convencionales y en la negociación del Estatuto de Roma, sino también en otras etapas de la celebración de este tratado internacional. Así, cabe destacar el hecho de que la Coalición, además de efectuar un seguimiento continuo del estado de las vinculaciones estatales por el Convenio³², ha venido alentando las ratificaciones del Estatuto. El papel de la Coalición fue reconocido por la Asamblea de los Estados

²⁹ En el artículo 7.3, tras la enumeración de los crímenes de lesa humanidad (artículo 7.1) y de la pormenorización de las conductas que deben entenderse incluidas en cada una de las distintas categorías (artículo 7.2), se dice que «a los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede».

³⁰ Sobre ello, más en extenso, puede verse A. FACIO, «El rol y la agenda de la sociedad civil organizada en el proceso del establecimiento de la Corte Penal Internacional», *Seminario sobre Justicia Penal Internacional*, Universidad Iberoamericana, Méjico, febrero de 2000 (disponible en www.iccnw.org/espanol/articulos.htm) y M. RODRÍGUEZ PAREJA, «El rol de las ONGs en el proceso de la Corte Penal Internacional», *Seminario Internacional sobre el Estatuto de Roma. La Corte Penal Internacional: Adecuación de la Legislación peruana*, Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Lima, agosto de 2002 (en *ibíd.*).

³¹ Artículo 36.8.a).

³² A enero de 2010, son 110.

Parte de la CPI en 2003, al adoptar una resolución denominada «Reconocimiento del papel coordinador y facilitador de la Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional»³³. Actualmente, los objetivos de la Coalición son los siguientes: «Proteger la letra y el espíritu del Estatuto de Roma; Difundir información sobre la CPI a nivel nacional, regional y global; Monitorear y apoyar el trabajo de la Corte; Promover la implementación del instrumento fundante de la Corte: el Estatuto de Roma; Monitorear y apoyar el trabajo de la Asamblea de los Estados Parte; Facilitar la participación y la capacitación de las ONG en el proceso de la CPI; y Expandir y fortalecer la red global de la Coalición»³⁴.

Con respecto al Convenio Marco contra el Tabaco, pueden destacarse especialmente los esfuerzos llevados cabo por la *Alianza del Convenio Marco* (la coalición de organizaciones implicada en todo el proceso de celebración del tratado) en un triple ámbito: los objetivos del Convenio Marco, los defectos visibles en las sucesivas versiones del proyecto de Convención y, finalmente, las propuestas de enmienda en relación con las mismas³⁵. El peso de las organizaciones no gubernamentales resultó, en definitiva, decisivo, tanto a la hora de propiciar que se iniciaran las primeras fases de celebración de un tratado internacional antitabaco como en el desarrollo incidental de tales etapas. Realidad de la que finalmente da fe uno de los párrafos preambulares de la propia Convención³⁶.

Con respecto a la Convención contra las municiones de racimo, cabe destacar que la influencia de las OSC presenta muchas similitudes, aparte del objeto, con la labor llevada a cabo por ellas en relación con la Convención contra las minas antipersonales. Las OSC han estado asociadas desde etapas muy tempranas al proceso que culminó con la Conferencia de Dublín de 2008, a cuyo término se adoptó

³³ ICC-ASP/2/Res.8.

³⁴ Tal y como se definen en su sitio Web.

³⁵ Véase, más detenidamente, M. ABAD CASTELOS, *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie?... op. cit.*, pp. 304 ss.

³⁶ Al reconocer «la contribución especial que las organizaciones no gubernamentales y otros miembros de la sociedad civil no vinculados a la industria tabaquera, entre ellos órganos de las profesiones sanitarias, asociaciones de mujeres, de jóvenes, de defensores del medioambiente y de consumidores, instituciones docentes, hospitales, han aportado a las actividades de control del tabaco a nivel nacional e internacional, así como la importancia decisiva de su participación en las actividades nacionales e internacionales de control del tabaco».

la Convención, y que pasó antes por Oslo y Wellington³⁷. Las OSC tuvieron peso en determinados aspectos como las disposiciones relativas a las víctimas o en el logro de la ausencia de períodos de transición en los cuales se pudiera permitir a los Estados la utilización de las armas prohibidas³⁸. En cualquier caso, más allá de la marca dejada por las OSC en una disposición o en otra, es de hacer hincapié en su contribución al logro de un Convenio más en materia de desarme, con el efecto estigmatizador que tiene para las armas, no sólo que prohíbe, sino también para las que no prohíbe (porque quedan fuera del ámbito de aplicación de las definiciones contenidas en su artículo 2, debido a la presión de las industrias militares, los Estados y otras circunstancias), y tanto para los Estados Parte como incluso para los Estados no Parte³⁹.

³⁷ La Coalición internacional formada (CMC) está integrada por cerca de 300 organizaciones de la sociedad civil de más de 80 países, que trabajan en áreas de desarme, paz y seguridad, derechos humanos, asistencia a las víctimas y a los supervivientes, desminado, derechos de la mujer y cuestiones conexas. Entre las organizaciones con las que cuenta, cabe destacar a las siguientes: Austcare (Australia), DanChurchAid (Dinamarca), Handicap International, Human Rights Watch, la Campaña Internacional para la Prohibición de Minas Terrestres, la Asociación Internacional de Médicos para la Prevención de la Guerra Nuclear (Rusia y Zambia), Landmine Action (Reino Unido), Landmines Resource Centre (Líbano), Mines Action Canada, Ayuda Popular Noruega, Protection (Egipto), Survivor Corps (anteriormente Landmine Survivors Network) y Pax Christi (Irlanda y Países Bajos). La CMC también cuenta con tres presidentes conjuntos que tienen a su cargo la administración cotidiana: Human Rights Watch (Steve Goose), Landmine Action (Richard Moyes) y Ayuda Popular Noruega (Grethe Østern). Véase <http://www.stopclustermunitions.org>.

³⁸ Quien suscribe estas páginas tuvo el honor de formar parte de la Delegación de España durante las negociaciones de la Convención, y puede dar fe de la intensa actividad desplegada por las OSC en aquellos días en el estadio de fútbol de Dublín donde tenía lugar la Conferencia (también puede dejar constancia del frenético despliegue llevado a cabo por representantes de las industrias fabricantes de diferentes países de este tipo de armamento).

³⁹ J. Alcalde también incide en este efecto *deshonrador* de la Convención, al señalar que «se ha avanzado mucho en la estigmatización de las municiones de racimo, por lo que, incluso si algunos Estados no la han firmado (entre ellos, importantes productores como EEUU, Rusia, China, la India, Pakistán e Israel), su uso va a ser a partir de ahora mucho más difícil de justificar, algo parecido a lo que ocurrió tras la firma de la Convención de las Minas Antipersonal en 1997. Desde entonces, incluso los Estados no miembros de la misma han modificado sensiblemente su política respecto al uso de este tipo de armamento, por lo que cabe concluir que del mismo modo que la convención antiminas se ha convertido en una suerte de derecho

IV. LA INCIDENCIA DE LAS OSC EN EL BLOQUEO DE CIERTOS INTENTOS DE REGULACIÓN INTERNACIONAL Y EN LA ELABORACIÓN DE CÓDIGOS DE CONDUCTA

Cabe sostener, por otra parte, con Pérez-Prat que la participación de las entidades no gubernamentales en el proceso de formación de tratados internacionales no se ha focalizado exclusivamente en la dimensión creativa, coadyuvando a la celebración de un tratado, sino que al mismo tiempo «no han dudado en desencadenar una presión obstaculizadora de aquellos procesos negociadores que, por alguna razón, fuesen a cristalizar en reglas con las que no estuviesen de acuerdo». Ha de destacarse a su vez la influencia de las OSC en el bloqueo de ciertas tentativas de regulación, al oponerse a intereses estatales⁴⁰.

Igualmente reseñable resulta su actividad en la elaboración de Códigos de conducta, con respecto a sí mismas, y a compañías multinacionales, que, como ha puesto de relieve el profesor Pérez Prat, destacan por la «vaguedad de sus formulaciones en general, y sobre todo en el caso de los códigos de conducta corporativos, resta eficacia e impacto social y los condena a aparecer como operaciones cosméticas»⁴¹. Y a ello hay que añadir la falta general de mecanismos sociales de control». Aun así, tampoco hay que desdeñar su valor y eficacia, puesto que como subraya el mismo autor, refiriéndose a los que tienen a las propias OSC como destinatarias, «su falta de juridicidad no empece para que la infracción de su contenido por una ONG firmante de lugar a un cierto género de responsabilidad. Es cierto, no es una responsabilidad jurídica, puesto que no hace nacer obli-

consuetudinario internacional, la convención contra las municiones de racimo aspira a tener efectos mucho más amplios que los explicitados en el texto»; «Acuerdo en la conferencia diplomática de Dublín sobre bombas de racimo», *ARI*, núm. 65, 2008. Disponible en el Sitio Web del Real Instituto Elcano.

⁴⁰ Así, por ejemplo, es de subrayar el papel de las OSC con respecto al fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones o en relación con la inaplicación de la Convención para la reglamentación de las actividades sobre los recursos minerales antárticos, adoptada en Wellington en 1988, y en la adopción del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, adoptado en Madrid en 1991.

⁴¹ L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, «Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional», *La incidencia de la mundialización en la formación... op. cit.*, p. 34.

gaciones de ese género, pero sí social (...)». Pero junto a ello, aun dando por descontado que no estamos ante instrumentos jurídicos, «el contenido normativo de un código, de cualquier código, que se trate de un instrumento que sirve de vehículo a principios que sus destinatarios consideran esenciales para el desempeño de sus actividades humanitarias, los coloca a efectos estadísticos en un muy apreciable grado de cumplimiento voluntario (...). Además, en ocasiones la voluntariedad de las ONG que lo suscriben es más bien aparente, puesto que no hacerlo puede implicar una sanción social del colectivo en el que militan (coaliciones de ONG) o que queden cortados los flujos de ingresos de donantes partidarios del código. Y, por si esto fuera poco, algunos códigos cuentan con mecanismos de verificación del cumplimiento, más o menos evolucionados, e inclusive con secretarios entre cuyas funciones se sitúa el control de los firmantes»⁴².

V. ¿PUEDEN LAS OSC LLEGAR A COLOCARSE EN PIE DE IGUALDAD CON EL ESTADO?

Lo normal es que las OSC nunca estén en una posición que pueda equipararse de algún modo al Estado, el sujeto primario del Derecho internacional. De hecho, las OSC o las ONG ni siquiera tienen personalidad jurídica internacional. Carencia en general que no obsta a que ciertas entidades no gubernamentales puedan tener una cierta capacidad jurídica en el plano internacional, como puede ser el caso, especialmente relevante, del CICR. Precisamente por ello todavía llama más la atención el hecho de que alguna OSC sí haya llegado a colocarse en pie de igualdad con el Estado. No obstante, se trata de casos singulares, y en absoluto generalizables. Por ejemplo, es el caso del reciente Acuerdo de Sede celebrado entre la IATA y España, adoptado el 5 de mayo de 2009, y entrado en vigor el 27 de noviembre de igual año⁴³, con el objeto de expandir los servicios proveídos por la Organización que promueve el transporte aéreo desde su centro en España para cubrir el resto de Europa, y de «hacer de sus oficinas

⁴² L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, «Las organizaciones no gubernamentales y el Derecho internacional humanitario...», *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas...*, *loc. cit.*, pp. 229, 230 y 231.

⁴³ BOE de 3 de julio de 2009 y de 7 de enero de 2010, respectivamente.

en España uno de los dos centros mundiales de servicios compartidos»⁴⁴. El Acuerdo reconoce a la IATA una serie de facilidades en materia de inmigración⁴⁵ y de privilegios en materia fiscal. Así, la exime de impuestos directos estatales, autonómicos, provinciales y municipales, en cuanto a la provisión de sus servicios en España⁴⁶, así como del pago de impuestos indirectos estatales, provinciales y municipales, con la exclusión del IVA y del Impuesto municipal indirecto sobre construcciones, instalaciones y obras⁴⁷ y de impuestos sobre los sueldos, emolumentos y prestaciones que reciban sus empleados que no ostenten la nacionalidad española ni fueran residentes permanentes con anterioridad en nuestro país⁴⁸. A su vez, se prevé un cláusula relativa a la solución de las controversias que puedan surgir sobre la interpretación o la aplicación del instrumento, previéndose la negociación entre «las Partes» o, si no es resuelta por este medio de negociación, el recurso a un Tribunal arbitral⁴⁹. No obstante, la celebración de este Acuerdo ha recibido el fundamentado reproche de Pons Rafols, por considerar que se trata de un «reconocimiento improcedente (...), que comporta consecuencias tanto en términos de capacidades jurídicas como en términos de responsabilidades jurídicas», y «pueden resultar en hechos o situaciones jurídicamente oponibles para España»⁵⁰. A su juicio, las facilidades que incluye el Acuerdo no exigía «la celebración de un tratado internacional pues podían haberse utilizado otros instrumentos jurídicos de derecho interno para ofrecer estas facilidades y satisfacer las pretensiones de la IATA»⁵¹.

⁴⁴ Párr. 7 del Preámbulo.

⁴⁵ Véase el art. 3.

⁴⁶ Art. 5.

⁴⁷ Art. 6.

⁴⁸ Art. 8.

⁴⁹ Art. 11.

⁵⁰ X. PONS RAFOLS, «El estatuto jurídico de la IATA en España. Sí, ¿Por qué no? Pero así, no», *REDI*, 2010, n.º 1 (en prensa; texto original facilitado por gentileza del autor).

⁵¹ *Ibid.* El autor indica la posibilidad «de un acuerdo de Consejo de Ministros reembolsando a la IATA por los impuestos satisfechos u otro tipo de gastos experimentados por la IATA y que constituyeran gastos que podrían subsumirse en las facilidades que se pretendían ofrecer a la IATA»; o de «alguna disposición específica en un texto legal que diera cobertura a estas facilidades y exenciones, como la ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado o en la misma legislación especial sobre servicios de navegación aérea».

VI. OTRA MANERA DE CONTRIBUIR A LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: A TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN A SU APLICACIÓN

Si bien la fase de aplicación del Derecho internacional se abre más que la etapa de formación a la intervención de actores distintos a los Estados, tampoco hay que magnificar su influencia⁵². En cualquier caso, como han señalado A. M. Slaughter o L. Pérez-Prat, hay que distinguir una doble posición y actuación: por una parte, su actividad desde la periferia del sistema, centrándose en la denuncia de los incumplimientos estatales de las normas jurídicas internacionales; y, por otra parte, su actuación, desde dentro del sistema, siendo *cooperadoras esenciales* en el cumplimiento del Derecho internacional⁵³. Teniendo en cuenta lo dicho, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que las OSC no tengan que contar con una previsión convencional para aspirar a intervenir de algún modo en el proceso de aplicación de las normas jurídicas internacionales facilita su actuación. Aun así, cabe señalar que cada vez es más frecuente que las normas convencionales, sobre todo en los sectores en los que las OSC son más pujantes, precisamente debido a su empuje, prevean cláusulas habilitantes de su intervención. En este sentido, efectúo aquí simplemente una somera selección indicativa de normas convencionales que brindan una plataforma para la actuación de las OSC, en temas que, aunque dispares, se pueden reconducir en su mayoría a cuestiones medioambientales y relacionadas con la protección de los derechos humanos.

Así, en el ámbito relativo a las cuestiones medioambientales, campo «donde se encuentra con toda seguridad, la mayor participación de los actores no estatales en el control de la aplicación de los tratados

⁵² Sin embargo, como señala C. TEIJO, el análisis del cometido desempeñado por las ONG en esta sede de aplicación del ordenamiento jurídico «es imprescindible para obtener una panorámica de los mecanismos que engrasan el funcionamiento real (y no retórico o formal) del Derecho internacional»; «Redes transnacionales de participación ciudadana y ONG...», *Las ONG y la política...*, 2002, *op. cit.*, p. 220.

⁵³ L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, «Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional», *La incidencia de la mundialización en la formación...* *op. cit.*, pp. 34 y 35 y A. M. SLAUGHTER, «Plenary Theme Panel: The Challenge of Non-State Actors», *Proceedings of the 92nd Annual Meeting. The Challenge of Non-State Actors*, April 1-4, 1998, Washington, D.C., ASIL, The American Society of International Law, pp. 20-36.

y, sobre todo, el más alto grado de reconocimiento en los textos internacionales de esa contribución»⁵⁴, cabe entresacar varios modelos. Para comenzar, la *Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la desertificación*, adoptada en 1994, incluye, entre las obligaciones de los países Partes afectados, el deber de «promover la sensibilización y facilitar la participación de las poblaciones locales, especialmente de las mujeres y los jóvenes, con el apoyo de las organizaciones no gubernamentales, en los esfuerzos por combatir la desertificación y mitigar los efectos de la sequía»⁵⁵ y, además, precisa en qué ha de consistir la asistencia de las ONG para la elaboración y ejecución de los programas de acción, así como en su coordinación, a través de otras dos disposiciones⁵⁶. Asimismo, el *Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente*, adoptado en Aarhus (Dinamarca), en 1998 preceptúa, entre las *Disposiciones generales* contenidas en el artículo 3, que «cada Parte concederá el reconocimiento y el apoyo requeridos a las asociaciones, organizaciones o grupos que tengan por objeto la protección del medio ambiente y procurará que su sistema jurídico nacional sea compatible con esta obligación»⁵⁷. Además, según los términos empleados en el *Protocolo de Kioto* de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1998, y en el *Protocolo de Cartagena sobre Bio-*

⁵⁴ L. PÉREZ-PRAT, *Sociedad Civil y Derecho internacional...*, op. cit., p. 360.

⁵⁵ Artículo 5.d).

⁵⁶ Véanse los artículos 13.1.b) y 14.

⁵⁷ Artículo 3.4.

Asimismo, se refiere varias veces a lo largo de su articulado al «público interesado», haciéndolo potencialmente partícipe de distintas acciones y dando por sentido que tiene un interés en tal sentido, y a «las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno»; Artículo 2.5.

No obstante, seguimos a N. Navarro, cuando relativiza los avances logrados por el Convenio en lo tocante a los mecanismos de control. Aunque, tras analizar todo el Convenio, también concluye manifestando que «el Convenio tiene el mérito de facilitar la participación activa de las ONG mediante la asunción (y presunción) de que éstas disponen del interés suficiente para intervenir en la toma de decisiones sobre medio ambiente. Cuando entre en vigor, los Estados deberán establecer criterios objetivos para delimitar los supuestos en que se admitirá la legitimación activa de las ONG para intervenir en el acceso a la información pero, sobre todo, en la participación en las decisiones sobre actividades particulares y en el correlativo acceso a la justicia»; N. NAVARRO BATISTA, *Sociedad civil y medio ambiente en Europa*, Colex, Madrid, 2001; p. 108.

seguridad, de 2000, las Conferencias de las Partes se ocuparán de buscar y emplear, siempre que sea apropiado, los servicios, la cooperación y la información proporcionada por las entidades no gubernamentales, entre otros organismos⁵⁸. En una línea próxima, el *Convenio sobre la diversidad biológica*, adoptado en 2002, prevé en el precepto relativo a la Conferencia de las Partes que «(...) cualquier otro *órgano u organismo nacional o internacional*, ya sea gubernamental o *no gubernamental*, con competencia en las esferas relacionadas con la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, que haya informado a la Secretaría de su deseo de estar representado, como observador, en una reunión de la Conferencia de las Partes, podrá ser admitido a participar salvo si un tercio, por lo menos, de las Partes presentes se oponen a ello. La admisión y participación de observadores estarán sujetos al reglamento aprobado por la Conferencia de las Partes»⁵⁹.

En el ámbito del Derecho internacional penal y de la justicia de igual carácter, para empezar, en el *Estatuto de Roma* se prevé un posible papel que pueden ejercer las OSC en virtud de lo dispuesto en los artículos 15.2 y 44.4. A su vez, de acuerdo con el artículo 14.2 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se prevé que «los Estados Parte cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, según proceda, a fin de garantizar que en sus respectivos territorios se imparta una capacitación de personal adecuada para prevenir, combatir y erradicar las conductas» tipificadas en el Protocolo así como para proteger «los derechos de los migrantes que hayan sido objeto de esas conductas». En la misma línea, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que también complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional otorga un papel triple a las organizaciones no gubernamentales: en primer lugar, en lo que atañe a la asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas⁶⁰; en

⁵⁸ Artículos 13.4.i) y 29.4.c), respectivamente.

⁵⁹ Artículo 25.3.

⁶⁰ En virtud del artículo 6.3 del Protocolo, «cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación

segundo lugar, en lo relativo a la prevención de este delito⁶¹; y, en tercer lugar, en lo referente al intercambio de información y capacitación, en concreto, para fomentar la cooperación con las ONG⁶².

A su vez, en lo que se refiere al ámbito del desarme, cabe destacar la reciente Convención contra las municiones en racimo, de cuyo contenido sobresalen las siguientes previsiones. En primer lugar, el artículo 5.2.f), referido a la asistencia a las víctimas, obliga a los Estados Parte a «consultar estrechamente e involucrar activamente a (...) las víctimas de municiones en racimo y a las organizaciones que las representan». En segundo lugar, su artículo 6 prevé que las organizaciones no gubernamentales pueden llevar a cabo acciones de cooperación y asistencia internacional⁶³. En tercer lugar, se prevé la invitación a las OSC a las Reuniones de los Estados Parte, así como a las Conferencias de Examen y de Enmienda⁶⁴.

No obstante, como adelantaba, son numerosos los casos en que, sin mediar tales habilitaciones explícitas, las ONG asumen expresamente un compromiso de actuación, a través de campañas, redes, coaliciones, etc. En esta línea, las nuevas tecnologías ofrecen posibilidades casi infinitas de actuación. Las campañas protagonizadas por distintas plataformas de OSC contra la utilización de niños soldados,

física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

- a) Alojamiento adecuado;
- b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;
- c) Asistencia médica, psicológica y material; y
- d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación».

⁶¹ Véase el artículo 9.3.

⁶² Véase el artículo 10.2.

El artículo 35 del Convenio contra la trata de personas del Consejo de Europa, de 2005, número 197, ratificado por España en 2009, también se sitúa en esta línea. De acuerdo con él, «each Party shall encourage state authorities and public officials, to co-operate with non-governmental organisations, other relevant organisations and members of civil society, in establishing strategic partnerships with the aim of achieving the purpose of this Convention» (<http://www.conventions.coe.int>).

⁶³ Párrafos 2, 7 y 11.

⁶⁴ Artículos 11, 12 y 13.

la Campaña *Armas Bajo Control*, lanzada en 2003 por Amnistía Internacional, Oxfam y la Red IANSA (*International Action Network on Small Arms*) para prohibir determinadas armas (minas antipersonales, municiones en racimo, etc.), las coaliciones para abolir la pena de muerte pueden suponer una buena muestra. Al mismo tiempo, no hay más que hacer un recorrido por los sitios web de las diferentes organizaciones, de las redes transnacionales o de los *Global Justice Movements* para hacerse una idea de cómo diversifican sus inquietudes dentro del campo en que cada una trabaja. Así por ejemplo en el ámbito de los derechos humanos, algunos de los frentes actualmente más pujantes en su actividad son los siguientes: la lucha contra la discriminación debida a la orientación sexual, el alcance de la justicia militar, la protección de los desplazados internos o la jurisdicción universal⁶⁵.

A su vez, ha de darse cuenta de que a través de la participación de las OSC en los órganos de protección de derechos humanos, se ha proporcionado una información insustituible, a la vez que se ha desplegado una actividad de igual tipo⁶⁶. Por otro lado, ya dentro de un ámbito jurisdiccional, cabe señalar que, aparte de la legitimación activa limitada que tienen las OSC, es de reseñar su posible participación como *amici curiae*⁶⁷.

VII. CONCLUSIONES

Si bien casi siempre sigue siendo imposible medir de forma precisa el impacto o la influencia real que puedan tener las OSC, es obvio

⁶⁵ Véanse, entre muchas otras, los Sitios Web de *Amnistía Internacional* y de *Human Rights Watch*.

⁶⁶ Véase, sólo a título de ejemplo, Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), «La sociedad civil y los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura», *La Creación del Mecanismo Español de Prevención de la Tortura*, F. M. Menéndez y A. Cebada Romero (Directores), Iustel, Madrid, 2009, pp. 225-240.

⁶⁷ Véase *in extenso*, L. PÉREZ-PRAT DURBAN, *Sociedad Civil y Derecho internacional...op. cit.*, pp. 371 ss.; R.A. ALIJA FERNÁNDEZ, «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, V. Abellán Honrubia y J. Bonet Pérez (Directores), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 103-132.

que contribuyen a la formación del Derecho internacional y a su aplicación y que, de hecho, lo han conseguido especialmente en los últimos años. Es más, las OSC han contribuido positivamente a conformar la carga axiológica que hoy lleva consigo el Derecho internacional. Por lo demás, es previsible que en los próximos años las OSC puedan intensificar su influencia en el plano normativo, en los ámbitos en los que ya vienen actuando; y que expandan su acción a otros ámbitos. A su vez, también es pronosticable, al menos a mi juicio, que el papel que las OSC se han ganado como agentes que participan en la aplicación de ciertos sectores del Derecho internacional, se expanda en el futuro. Algunos de los ámbitos en los cuales se puede percibir que las ONG todavía tienen un claro potencial por desplegar son, entre otros, el relativo a la justicia internacional, el desarme, la protección del medio ambiente o la lucha contra ciertas enfermedades. En estos y otros ámbitos, las ONG ya han demostrado una vitalidad que contrasta con la esclerosis del poder político y el desinterés al respecto del poder económico; además ambos se oponen a afrontar cambios normativos en los aspectos que más directamente les afectan a cada uno. En relación con todo ello, creo que ha de retenerse que la mayor parte de los progresos sustanciales habidos en el orden internacional hasta la fecha nunca han venido sólo de los poderes establecidos. Es por ello, entre otras razones, que el potencial de la sociedad civil es crucial e irremplazable.

Aun con todos los problemas, y partiendo de la necesidad de mejorar la delimitación de funciones y la coordinación en ciertos ámbitos, así como de regular el estatuto jurídico correspondiente a las relaciones de las OSC con los Estados, las OSC tienen una misión muy importante que cumplir en esta nueva Sociedad global (por supuesto, también en las sociedades internas), en la medida en que fomentan el debate, la tolerancia de la diferencia, el respeto de las minorías y, en definitiva, el pluralismo. Su actitud ante los acontecimientos de los últimos años puede ser ilustrativo a este respecto. Y ha quedado claro que las OSC pueden influir, aunque sea de manera modesta, en la actitud de los Gobiernos (tanto cuándo actúen, éstos, fuera como dentro del marco de Organizaciones internacionales), contribuyendo a prevenir y suavizar los excesos que, en último término, tienden a debilitar el Derecho internacional. A todo ello todavía hay que sumar el dato más específico de que las OSC, al igual que la mayoría de las *redes transnacionales* llevan consigo un potencial para contribuir a la paz. Si no pueden suponer, por desgracia, un antídoto

frente a la violencia, al menos sí constituyen un freno con respecto a ella; algo que no es desdeñable si tenemos en cuenta las inseguridades y los contenidos de violencia, ora latentes, ora presentes, en la Sociedad internacional contemporánea. Las OSC pueden aportar un efecto de contención, o al menos de retardamiento, frente a la violencia, cuya repercusión puede ser optimizada en virtud del juego combinado de las nuevas tecnologías de la información y comunicación con la habilidad para aprovechar las múltiples formas *organizacionales* existentes de articular y expresarse, como las redes transnacionales, las campañas, las coaliciones internacionales o los *Global Justice Movements*, al igual que creando otras nuevas. Se trata de canales, tremendamente dinámicos y fluidos, que en gran medida les están vedados a las instituciones tradicionales competentes, como los Parlamentos o los órganos deliberantes, nacionales e internacionales.

Tanto es así, que en parte de la evolución que experimenten las formas de articularse las OSC, así como de su capacidad para inventar otras nuevas, acordes con los cambios producidos en la Sociedad, depende también en gran medida el impacto social, político y, consiguientemente, también el jurídico, que sus acciones puedan tener en el futuro. En cualquier caso, de su dinamismo, flexibilidad y capacidad de adaptación han dado sobradas muestras. Por todo ello, creo que no puede tacharse de imprudente un pronóstico, como el ya adelantado unas líneas más arriba, que se aventure a predecir, en relación con el plano jurídico internacional, que las OSC van a fortalecer su posición en los ámbitos en los que vienen trabajando y a expandir su actividad a otros nuevos, en su doble dimensión, de formación y aplicación normativa. La Sociedad internacional necesita además que así sea, y contar con su valiosa ayuda para el progreso de causas justas.

**2. La incidencia de la Unión Europea
en el sistema interno de fuentes
de los Estados miembros**

LA TUTELA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL¹

ADORACIÓN CASTRO JOVER
*Catedrática de Derecho Eclesiástico
del Estado de la Universidad del País Vasco*

SUMARIO:—1. Introducción.—2. La tutela de la libertad religiosa en el Tratado de Lisboa.—3. La incidencia de la normativa comunitaria en la libertad religiosa y su interacción en el ordenamiento interno español.—4. La posición del Estado ante el derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

La tutela de la libertad religiosa no es ajena a la evolución de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión. Sin embargo, presenta peculiaridades que requieren un trato especial. La dimensión individual y colectiva de la libertad religiosa proyecta, en no pocas ocasiones, su acción en un ámbito de temas sensibles ante los que tanto el Derecho de la Unión como la doctrina del TEDH han reconocido a los Estados un amplio margen de apreciación dada la diversidad de sensibilidades, pero al mismo tiempo se ha delimitado, en algunos casos, el ejercicio de ese margen de apreciación.

Centraré mi estudio en el Derecho de la Unión, señalando cómo sobre la base de una posición de no prejuzgar el estatus que las confesiones tienen en los distintos países se han ido elaborando una serie de normas comunitarias, no demasiadas, que inciden, de forma indirecta, en las manifestaciones individuales y colectivas de la libertad religiosa y que, indirectamente, a través de la garantía de la libertad

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I + D DER2009-06965 y con el patrocinio del Departamento de Educación, Universidades e Investigación. Dirección de Política Científica del Gobierno Vasco (IT509-10).

religiosa van a ir de alguna forma determinando la posición de las Instituciones comunitarias ante el estatus de las confesiones. Poco a poco se va perfilando un camino en el que, en mi opinión, para su mejor comprensión, es necesario separar dos vertientes: en primer lugar, la vertiente en la que se ubica la relación entre el poder político y religioso en términos de poder que pasa a tener un lugar muy secundario, entre otras cosas, porque la Unión no ha alcanzado el grado de desarrollo suficiente para adoptar una posición sobre esta cuestión, pero sobre todo porque este es uno de los temas más delicados al proyectarse en un ámbito en el que no se puede hablar de tradiciones constitucionales comunes, en el que el respeto a la diversidad aconseja, por el momento, no establecer un modelo común. En segundo lugar, la vertiente que tiene que ver con el respeto y la garantía del derecho de libertad religiosa no sólo individual sino también colectiva que ocupa un lugar preponderante y respecto a la que hay que establecer estándares mínimos de protección que deben ser un elemento común a todos los Estados de la Unión con independencia de cual sea el tipo de modelo de relación con las confesiones por el que hayan optado.

Me referiré, asimismo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mostrando cómo ha gestionado el citado tribunal estas dos vertientes en su larga experiencia con el objetivo de verificar la confluencia de los dos sistemas en una misma dirección.

2. LA TUTELA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL TRATADO DE LISBOA

La protección de los derechos fundamentales en la UE es el resultado de una evolución que se inicia, como es sabido, con la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la que son considerados como principios que deben guiar la actuación de las Instituciones comunitarias. Esta evolución en sede judicial se desarrolla de forma paralela a su incorporación en los sucesivos Tratados.

Un punto de inflexión decisivo en esta evolución constituye el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. De un lado, incorpora la Carta de Niza en el texto dotándola de valor jurídico² y, de otro, al dotar a

² Un estudio sobre el valor jurídico de la Carta se encuentra en MANERO SALVADOR, A., en *El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a*

la Unión de personalidad jurídica hace posible la adhesión al Convenio europeo para la protección de derechos fundamentales, uno de los objetivos previstos ya en la etapa pretoriana como procedimiento de protección de los derechos humanos.

El catálogo de derechos en la Carta abandona la clasificación por generaciones y opta por una clasificación por valores³, siguiendo una lógica distinta a la que se utiliza tanto en el Convenio como en las Constituciones de los Estados miembros. Este cambio se advierte de forma especial en los derechos sociales que se incorporan bajo el valor de solidaridad adquiriendo el mismo rango en cuanto a garantías y protección que los derechos de libertad.

El Tratado de Lisboa, mantiene el lugar prevalente de los derechos fundamentales⁴, no altera el valor jurídico de la Carta de derechos fundamentales que se incorpora como declaración en el anexo del Acta final, ni modifica el instrumento de desarrollo a través de ley, a pesar de haber modificado el sistema de fuentes⁵.

El artículo 6 del citado Tratado incluido en la rúbrica de Disposiciones generales dice así:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo

Lisboa, en *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, dir. FERNÁNDEZ Liesa, C-Díaz Barrado, C., ed. Dykinson, Madrid 2009, pp. 113-132.

³ BARBERIS, M., *Europa del diritto*, ed. Il Mulino, Torino 2008, p. 189.

⁴ SARMIENTO, D., *Los derechos fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa*, en *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, dir. FERNÁNDEZ Liesa, C-Díaz Barrado, C., ed. Dykinson, Madrid 2009, pp. 133-155.

⁵ La relevancia específica de los criterios formales a la hora de elaborar el sistema de fuentes ha sido puesta de relieve por BALAGUER CALLEJON, F., en *La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes comunitario y su influencia en los ordenamientos internos*, en *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, dir. Francisco Javier Matía Portilla, ed. Comares Granada 2008, pp. 65-94.

debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

Se consolidan, así, tres sistemas de protección de derechos fundamentales: el que resulte del desarrollo del catálogo de derechos de la UE, el que deriva de la Convención de Roma y el propio de los ordenamientos internos de los Estados miembros. Produciéndose una interacción entre estos sistemas, en la que «corresponde al sistema europeo de derechos fundamentales la capacidad de determinación del estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales, al que deberían someterse, de forma necesaria, no solamente los ordenamientos constitucionales sino, igualmente, el ordenamiento comunitario»⁶, y en la que los ordenamientos internos, tienen un papel prevalente en la medida en que, de forma muy especial en lo que se refiere al desarrollo de la libertad religiosa, se les reconoce, en base al principio de subsidiariedad, un amplio margen para determinar el contenido y los límites de este derechos.

De este modo, la protección de los derechos fundamentales queda sometida a lo que se ha llamado constitucionalismo multinivel que supone una interacción entre ordenamiento constitucional europeo y los ordenamientos constitucionales internos que tiene como resultado una «Constitución real en cada estado miembro que en parte es europea y en parte es interna»⁷ y que da lugar a una dependencia de una u otra esfera de manera que no se pueden ver como esferas separadas.

Esta interacción y el peso que en la conformación de contenidos de los derechos de la Unión va a tener el Convenio y los ordenamien-

⁶ En este sentido LÓPEZ BASAGUREN, A., *La Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales*, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, coord. Javier Corcuera Atienza, ed. Dykinson, Madrid 2002, pp.119-156, esp., 150.

⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 89.

tos internos de los Estados miembros queda expresada de forma muy clara en el art. 52.3 de la Carta de Niza que dice así:

En la medida que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

De esta forma quedan incorporados los contenidos y límites determinados por el Convenio, así como la interpretación que de los mismos se haga por el TEDH.

Asimismo, el art. 52.4 señala que:

En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

Aunque la Unión todavía no ha desarrollado los derechos reconocidos en la Carta, es posible, como se ha indicado, dotarles de contenido acudiendo al Convenio en aquellos casos en que coincida la formulación.

La lectura del artículo 10.1 de la Carta y su comparación con el artículo 9.1 de la Convención de Roma muestra que es una reproducción literal del mismo. En él se reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, conciencia y religión⁸. Este derecho implica la libertad de cambiar, manifestar de forma individual o colectiva, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de ritos de su religión o convicciones.

Esta constatación permite afirmar que el contenido y límites de este derecho fijado en la Convención y ampliamente precisado por la jurisprudencia del TEDH es plenamente incorporable al derecho de la Unión según lo establecido por el 52-3 de la Carta.

Además, el artículo 16 C del Tratado de Lisboa de 11 de noviembre de 2009 mantiene sin modificaciones el compromiso de:

⁸ Un completo estudio sobre el derecho de libertad de conciencia en el marco de la Unión europea se puede encontrar en *El Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Ana Fernández-Coronado González (Directora), ed. Colex, Madrid, 2002.

- «1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas.
2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales.
3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones.»

Se ha consolidado, así, la tendencia iniciada en el Tratado de Ámsterdam, y mantenida por el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, al incorporar el texto de la Declaración n. 11 en el que se decía que la Unión se comprometía a respetar el estatus del que gozan las distintas confesiones y organizaciones filosóficas en los distintos Estados miembros, optando en este ámbito por la aplicación del principio de subsidiariedad. Este texto es el resultado de una iniciativa tomada por el gobierno alemán y seguida más tarde por el austriaco e italiano. En el origen de la iniciativa se encuentra la preocupación por las iglesias, en particular la iglesia evangélica alemana ante el hecho de que la evolución de las instituciones europeas pusiera en peligro su influencia y situación de privilegio en los correspondientes Estados miembros⁹.

Se da un paso adelante al reconocer su identidad y aportación específica, e introducir un mandato de dialogo abierto y regular con las mismas, recogiendo, así, normativamente una situación de hecho iniciada con la creación de la Célula de Prospectiva y destacando su colaboración como interlocutor en el dialogo social. De este modo, al valorar su actuación como agentes sociales se sitúa a las confesio-

⁹ Una referencia al contexto y desarrollo de la discusión acerca del texto se encuentra en JANSEN T., *Dialogue entre la Comisión européenne, les Églises et les communautés religieuses*, en *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea*, ed. Adoración Castro Jover, Bilbao, 1999, pp. 74 ss. También en *La Comisión européenne en dialogue avec les Eglises et les communautés religieuses: l'action de la Cellule de Prospective*, en *Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni non confessionali nell'Unione europea*, a cura di Antonio G. Chizzoniti, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2002. VENTURA, M., *La laicità dell'Unione Europea*, ed. Giapicchelli, Torino, 2001, pp. 195-219. PETSCHEN, S., *La religión en la Unión Europea*, en UNISCI, *Discusión Papers*, n.º 16 (enero /January 2008).

nes en un lugar muy alejado del que disfrutaban en algunos Estados miembros¹⁰.

El respeto al estatuto reconocido en los Estados miembros en virtud del derecho interno a las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas y a las organizaciones filosóficas y no confesionales tendrá una influencia decisiva en el desarrollo de la normativa comunitaria que incida en el ejercicio de la libertad religiosa tanto de forma directa como indirecta que se concretará, con carácter general, en una prevalencia de la aplicación del principio de subsidiariedad sobre el de primacía de la Unión.

3. LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU INTERACCIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

Hasta el momento los derechos fundamentales no han sido desarrollados por el derecho de la Unión. Sin embargo, la normativa comunitaria se ha proyectado de forma indirecta en distintas manifestaciones del derecho de libertad religiosa. En concreto, la normativa comunitaria reguladora del llamado IVA ha incidido en el Acuerdo sobre Asuntos económicos firmado con la Sta. Sede obligando a su modificación para adaptarlo a la regulación comunitaria. A través de la tutela antidiscriminatoria se ha contribuido a delimitar el contenido de este derecho, tanto en su dimensión individual como colectiva. Asimismo, de forma indirecta se ha reconocido el sacrificio de animales de acuerdo con los ritos religiosos al regular su respeto durante la matanza o sacrificio. También de forma indirecta se ha dado relevancia limitada a los ordenamientos confesionales al reconocer eficacia en el ámbito europeo a las resoluciones civiles que reconocen efectos a las resoluciones eclesiásticas de nulidad y disolución de rato y no consumado del matrimonio canónico. Me referiré, pues, a estas normas comunitarias.

¹⁰ En este sentido VENTURA, M., en *Sussidiarietà, governance e gruppi religiosi nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, en *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, a cura di Giovanni Cimbalo e José Ignacio Alonso Pérez, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 193-214, esp. p. 211.

3.1. La Directiva 2006/112/CE del Consejo de 29 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el Valor Añadido (Versión consolidada)

La aplicación de la regulación comunitaria del IVA se ha encontrado en España ya desde su primera regulación por la *La Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo de 1977 en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuesto sobre el volumen de negocios. Sistema común del IVA: Base imponible uniforme*, con un obstáculo que tiene su causa en el artículo III del Acuerdo sobre Asuntos Económicos de 1979 entre el Estado español y la Sta. Sede. En el mencionado artículo no se sujeta al impuesto de gasto o consumo los objetos destinados al culto. Por el contrario las sucesivas regulaciones comunitarias de esta materia hasta la actualidad no han contemplado entre el *numerus clausus* de beneficios fiscales de este impuesto a los objetos destinados al culto.

Esta contradicción entre dos normas que obligaban al Estado español dio lugar a situaciones de conflicto¹¹ que en 2005 se concretan en un emplazamiento al Gobierno español a dar una respuesta satisfactoria corriendo el riesgo si no lo hacía de ser denunciado ante el Tribunal de Justicia. De las posibles soluciones se opta por renegociar el acuerdo con la Sta Sede, con efecto de 1 de enero de 2007. Fruto de estas negociaciones son la renuncia de la Iglesia católica a ese beneficio fiscal a cambio de obtener un incremento del porcentaje de la denominada Asignación tributaria en el IRPF del 0,5 al 0,7 por ciento.

3.2. La Directiva 78/2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

El desarrollo pretoriano de la libertad religiosa se ha realizado estrechamente vinculado a la tutela antidiscriminatoria¹². Se pueden

¹¹ Una detallada explicación del intercambio de escritos entre la Comisión de las Comunidades Europeas y el Estado español se encuentra en TORRES GUTIERREZ, A., *El derecho de libertad religiosa en Portugal*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 483.

¹² Un trabajo de utilización imprescindible sobre la tutela antidiscriminatoria en la UE es COGLIEVINA, S., *Diritto antidiscriminatorio e interessi religiosi*

distinguir dos etapas. La primera vinculada a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la segunda, caracterizada por su incorporación como principio-valor en los Tratados de la Unión no alterados por la reforma del Tratado de Lisboa y como derecho a partir del Tratado de Ámsterdam en el artículo 13 y desarrollado en los sucesivos tratados.

Como es sabido, el primer caso planteado ante el Tribunal de Justicia es el caso PRAIS en 1976¹³, allí se plantea un asunto en el que la candidata a un concurso como funcionario de la Comunidad se quejaba de discriminación por razones de religión en el procedimiento de selección que se había celebrado en una fecha en que se había visto obligada a elegir entre el cumplimiento de sus preceptos religiosos o la realización de la prueba. Aunque el Tribunal rechazó el recurso afirmó que es deseable que, con carácter general, la Administración competente se informe de las fechas que podrían no ser convenientes por motivos religiosos y evitar, en la medida de lo posible, fijar las fechas de los exámenes en días festivos establecidos por las distintas religiones.

El artículo 13 del Tratado de Ámsterdam (1999) establece que «El Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de ...religión o convicción». El desarrollo normativo de estos principios se realiza, entre otras normas, por la Directiva 78/2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁴. Esta Directiva tiene como objetivo luchar contra la discrimi-

nell'Unione Europea, con particolare riguardo agli ordinamenti italiano, francese e británico. Milán, 2008.

¹³ Arrêt de la Cour (Première Chambre) du 27 octobre 1976, Affaire 130-75.

¹⁴ La lucha contra la discriminación es una de las preocupaciones más importantes de la UE, que se ha ido concretando en la publicación de diversas Directivas que intentan ir cubriendo los distintos ámbitos en que se puede producir discriminación, en esta dirección es de señalar la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008 [SEC(2008) 2180-SEC(2008) 2181] se puede consultar en la dirección <http://eur-lex.europa.eu>, en la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual fuera del ámbito laboral. Su objetivo es extender la protección de la igualdad de trato fuera del contexto laboral, crear un marco para la prohibición de discriminación por estos motivos y establecer un nivel mínimo homogéneo

nación, entre otras causas, por razones religiosas o de convicción, en el empleo o las condiciones de trabajo.

Como ha sido señalado por la doctrina¹⁵, las causas de discriminación se pueden agrupar en dos bloques, uno de ellos recoge todas aquellas discriminaciones que tienen que ver con las características de la persona (sexo, etnia, raza...), el otro bloque se relaciona con las causas de discriminación que tienen que ver con el ejercicio de los derechos fundamentales, la tutela antidiscriminatoria en este último caso supone una tutela adicional a la que ya disfruta el propio derecho. La tutela antidiscriminatoria en estos casos va íntimamente vinculada al contenido del derecho, puesto que la discriminación emerge cuando determinadas personas ven disminuido el alcance del ejercicio del derecho por causa de la religión o convicción.

Uno de los problemas que se plantea cuando la directiva tutela la discriminación por razón de religión o convicción es que en el momento de su elaboración y publicación, los derechos fundamentales están recogidos en el Tratado de la Unión como principios, considerándose bases de la Unión en los términos previstos en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

de protección en la Unión Europea para las personas que han sufrido una discriminación de este tipo. Su ámbito de aplicación se proyecta, dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad, a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos en relación con la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; los beneficios sociales; la educación. Lo dispuesto en esta directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil, el concepto de familia y los derechos reproductivos. Asimismo, se establece que los Estados miembros podrán permitir las diferencias de trato en la admisión a centros educativos confesionales o basados en ciertas convicciones.

Del mismo modo, se entenderá la presente Directiva sin perjuicio de la legislación nacional que vele por el carácter laico del Estado, las instituciones u organismos estatales, la educación o por lo que se refiere al estatus y las actividades de las confesiones y de otras organizaciones religiosas o basadas en ciertas convicciones. Por tanto, los Estados miembros pueden prohibir o permitir que se lleven o muestren símbolos religiosos en las escuelas.

¹⁵ FERNÁNDEZ LOPEZ, M.^a F. CALVO GALLEGO, F. J., en La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario, en TEMAS LABORALES, Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social, n.º 59/2001.

(artículo 6). En ese momento el catálogo de derechos fundamentales que se incorporan como anexo por el Tratado de Ámsterdam no tiene valor jurídico¹⁶. Sin embargo, la remisión al CEDH tal y como lo prevé el mencionado artículo 6 permite dotar del mínimo contenido material al derecho de libertad religiosa que haga posible un soporte sustancial a la tutela antidiscriminatoria como fórmula de protección frente a la vulneración del principio de igualdad¹⁷.

Un tratamiento particular recibe la aplicación de la Directiva a las entidades confesionales y organizaciones cuya ética se base en la religión y las convicciones, en estos casos como se vera el principio por el que se rige es el de subsidiariedad.

La formulación del artículo 4.1 establece una excepción de carácter general al permitir a los Estados miembros disponer de una diferencia de trato, una excepción a la regla general de no discriminación basada en alguna de las características relacionadas con los motivos mencionados en el artículo 1 cuando «debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en el que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado».

Una mención expresa a las iglesias y organizaciones con una ética religiosa o convicción se recoge en el punto 2: «Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales no constituye discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza

¹⁶ La Carta de Niza que recoge el catálogo de derechos fundamentales en este momento ha quedado incorporada al Tratado de Ámsterdam como anexo, no teniendo valor jurídico.

¹⁷ FERNÁNDEZ LOPEZ, M.^a F. CALVO GALLEGO, F. J., en La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario, en TEMAS LABORALES, *Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 59/2001, pp. 130 y 133.

de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional, esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización»; a lo que se añade en el último párrafo que este tipo de asociaciones podrán exigir a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

La redacción del punto 2 está en estrecha conexión, según se pone de relieve en el considerando 24 que precede al articulado de la Directiva, con la, en aquel momento, Declaración n.11 sobre el Estatuto de las Iglesias y las Organizaciones no confesionales, adjunta al Acta final del Tratado de Ámsterdam, en virtud de la que la Unión reconoce y no prejuzga el estatuto reconocido en virtud del Derecho nacional, a las iglesias, asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros, que respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales.

No es tarea fácil determinar el alcance de los distintos términos utilizados. Por lo que se refiere a la «actividad profesional» la doctrina ha considerado que la interpretación más adecuada es aquella que entiende que este término se refiere a las relaciones profesionales surgidas en el seno de estos entes pero que se rigen por el derecho privado, quedando fuera aquellas actividades directamente vinculadas con actividades religiosas, éstas quedan en el ámbito de autonomía de las confesiones excluidas de la aplicación del ordenamiento estatal¹⁸. La excepción tendría la virtualidad de reforzar el carácter propio de estos entes excluyendo la aplicación de las reglas del derecho privado a estas actividades, en concreto la aplicación de la tutela antidiscriminatoria.

Circunscrita la actividad profesional al ámbito de las relaciones laborales hay que señalar que además es necesario precisar cuál es la naturaleza de la actividad, no cualquier actividad realizada permite la excepción sino solo aquellas actividades que por su naturaleza requieran la característica de la religión como un elemento esencial,

¹⁸ FERNÁNDEZ LOPEZ, M.^a F. CALVO GALLEGO, F. J., en La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones... cit., p. 147. También, LETURIA NAVAROA, A. Posición jurídica de los entes religiosos en las relaciones de trabajo: previsiones normativas comunitarias y nacionales, en Entidades eclesíásticas y derecho de los Estados, María del Mar Martín ed., ed. Comares, Granada, 2006, pp. 515-533.

legítimo y justificado para el desempeño de su tarea, esto es, sea una tarea de tendencia.

Tal y como está formulado el precepto permite extender también esta excepción a aquellas tareas que por el contexto en el que se realicen requieran apreciar la característica de la religión o convicción.

Se da, así, a los Estados miembros un amplio margen para reforzar la protección del carácter propio de este tipo de organizaciones.

La aplicación de la Directiva en el derecho español se ha producido por Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social en el Capítulo III (artículos 27 a 43) del Título II bajo la rúbrica de Medidas para la aplicación de la igualdad de trato y no discriminación, incorporando los conceptos allí acuñados y modificando algunas leyes¹⁹ para adaptarlas a la directiva.

En concreto, y por lo que aquí interesa el artículo 34.2 párrafo 2 recoge la excepción a la tutela antidiscriminatoria prevista en la Directiva permitiendo que las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con la religión o las convicciones no suponga discriminación cuando «debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo del mismo sea legítimo y el requisito proporcionado».

El ordenamiento jurídico español se encuentra entre aquellos que han reconocido a las confesiones religiosas plena autonomía lo que significa que podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal, además, podrán incluir cláusulas de salvaguarda²⁰ de su identidad religiosa y carácter propio

¹⁹ Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD legislativo 1/1995 de 24 de enero; Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración social de los Minusválidos; la Ley 45/1999 de 29 de diciembre sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios laboral; Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo de 2/1995 de 7 de abril; Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000 de 4 de agosto.

²⁰ Sobre este tema se puede ver el estudio pormenorizado que ha realizado CUBILLAS RECIO, M., en La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español, en *Laicidad y libertades*, Escritos jurídicos, número 0, diciembre de 2000, pp. 229-257.

así como el debido respeto a sus creencias en aquellas normas y en las que regulen las instituciones creadas por ellas para la realización de sus fines (artículo 6.1 LOLR).

La interpretación de esta cláusula no ha estado exenta de dificultades en el ordenamiento español por varias razones, en primer lugar, porque no hubo debate parlamentario acerca de la misma, de manera que no es fácil saber qué contenido quisieron darle los parlamentarios, en segundo lugar, la interpretación doctrinal no ha sido unánime en delimitar su alcance y contenido aunque se coincide en afirmar que el ámbito de aplicación de la cláusula es aquel en el que la actividad del personal está sujeta al derecho laboral vigente, queda fuera de esta figura los ministros de culto amparados por el régimen de autonomía reconocido a las confesiones. El objetivo de esta cláusula es excepcionar la aplicación del derecho común para preservar su carácter propio²¹. Se ha sostenido por la doctrina²² que no es una cláusula de aplicación inmediata y que debe ser el juez el que, caso por caso, establezca los criterios de aplicación de esta cláusula.

La proyección de la directiva en la interpretación de la cláusula de salvaguarda permite llenar de contenido y determinar su alcance y límites; queda, sin embargo, un amplio margen de apreciación a los jueces para concretar los supuestos incluibles en este término.

La Directiva no se refiere, en cambio, de forma expresa a los problemas que en el ámbito laboral se pueden plantear como consecuencia del ejercicio de la libertad religiosa individual en aspectos como los tiempos de descanso, la exigencia de una determinada apariencia al obligar a vestir un uniforme, exigir el rasurado o prohibir el uso del velo islámico y tampoco encontramos esta referencia en la ley que la adapta al derecho español. Sin embargo, la formulación del artículo 7.1 de la Directiva²³ permite a los trabajadores afectados encontrar un apoyo normativo en el que basar su defensa al señalar que «el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1», aunque su alcance es limitado si lo

²¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. II, 3.^a ed., Madrid, 2007, p. 614.

²² *Ibíd.*

²³ Correspondiente al artículo 35 de la ley española de aplicación.

comparamos con los mecanismos previstos para las personas discapacitadas en el artículo 5 en el que a través de la técnica del ajuste razonable, envía el mandato a los empresarios de adoptar «las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

La norma se limita a los supuestos de personas discapacitadas, sin embargo, quienes se encontraran en una situación semejante podrían basar su defensa en la discriminación indirecta, entrando en este tipo de discriminación aquellos supuestos en que la existencia de normas aparentemente neutras y uniformadoras cuya rígida e injustificada aplicación tenga el impacto de discriminar a quienes por razón de su pertenencia religiosa no pueden cumplirlas. Correspondería al empresario en base a lo establecido en el artículo 10 demostrar que según se establece en el artículo 2.1.b).i) la «disposición, criterio o práctica podría justificarse objetivamente con una finalidad legítima y medios adecuados y necesarios»²⁴. De modo que es en sede judicial donde puede verificarse si la directiva comunitaria alcanza a este tipo de supuestos.

Las decisiones judiciales que se han producido en España se han concretado en ámbitos como el descanso semanal y la compatibilidad entre las «exigencias» marcadas por el uniforme indicado por la empresa y las obligaciones a que la persona está obligada por las reglas establecidas por su religión. En lo que se refiere al primer caso, hasta el momento la normativa existente²⁵ ha dejado al acuerdo de las partes la determinación de un día distinto de descanso semanal al establecido en el Estatuto de los trabajadores. Sobre esta base nor-

²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. CALVO GALLEGO, F. J., en La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas...cit., p. 159.

²⁵ Tanto el Estatuto de los trabajadores, artículo 37.1, como los Acuerdos firmados con las confesiones minoritarias, artículos 12 de Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, a través de las que se recogen en Anexo los Acuerdos entre las federación de entidades religiosas evangélicas, las comunidades israelitas y la comisión islámica respectivamente, basan en el acuerdo entre las partes la adaptación de la excepción a las exigencias de cada religión a la regla general.

mativa se han resuelto los casos planteados ante los tribunales²⁶, desarrollando la argumentación en términos de lógica contractual así lo hizo en materia de descanso semanal el Tribunal constitucional en la sentencia 19/1985 de 13 de febrero²⁷.

Un punto de inflexión parece producirse con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo social, en una sentencia de 9 de septiembre de 2002²⁸ afirma en línea de principio que el derecho de la empresa a imponer un uniforme que no comprende la utilización de gorra debe ceder cuando colisiona con derechos a los que debe atribuirse un rango preponderante (FJ. segundo) y como tal parece considerar la utilización de la kippa por parte de un trabajador de la Empresa Municipal de Transportes (EMT) en cuanto manifestación de la libertad religiosa. Aunque reconoce que «...un conflicto de estas características no admite una solución única...» «...en el caso examinado no se ha probado daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno en la ejecución del servicio o cualquier otro perjuicio... ya que está probado que la empresa vino consintiendo durante años que el actor se cubriera con la gorra...si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa... que hiere los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados...». Por todo ello desestima el recurso presentado por la empresa y confirma la resolución de instancia.

Es de destacar que esta sentencia plantea el problema en clave constitucional. El juicio de ponderación²⁹ sobre los derechos constitucionales en conflicto se advierte en la valoración de ausencia de daño a la empresa (juicio de necesidad) que sólo hace que la medida,

²⁶ Un estudio más detallado sobre esta materia se puede encontrar en CASTRO JOVER, A., en *La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española*, en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Javier Martínez-Torrón, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 167-172.

²⁷ Esta misma línea argumentativa ha sido utilizada por la STCT de 29 de septiembre de 1986, la STS de 20 de abril de 1988.

²⁸ AS 2003/2.

²⁹ Acerca del juicio de ponderación en el ámbito laboral se puede ver CASAS BAAMONDE. M.^a E., en *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, en *La Ley vol. I*, 2004, pp. 141-153.

el despido, no sea adecuada para conseguir el fin que se propone (juicio de proporcionalidad), evitar el daño a la imagen. Por el contrario se produce un daño a la libertad religiosa del demandante sin que con ello evite ningún otro daño.

Es de esperar que la potencial virtualidad de la aplicación de la Directiva en el ordenamiento interno español produzca un cambio significativo en la forma de abordar este tipo de conflictos, que suponga una mayor sensibilidad a la hora de apreciar las convicciones de los trabajadores dentro, naturalmente, de límites razonables.

3.3. El Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

A través de este reglamento se reconoce de forma indirecta eficacia a las resoluciones dictadas por tribunales eclesiásticos³⁰.

Han desaparecido en los considerandos que preceden al articulado la exclusión de los procedimientos de naturaleza puramente religiosa que se recogían en el considerando n. 9 del Reglamento de 2000 y también deja de justificarse la relevancia jurídica que se otorga a las resoluciones eclesiásticas sobre la base del respeto a los Tratados con la Sta. Sede firmados con anterioridad al reglamento de 2000, recogido en el considerando 20.

No obstante se sigue manteniendo el contenido del artículo 40 que pasa a ser el 63 que se reforma por el Reglamento 2116/2004 del Consejo de 2 de diciembre que añade en el apartado 3 un párrafo tercero en el que se incorpora el Acuerdo entre la Sta Sede y Malta sobre reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios canónicos y las resoluciones de las autoridades y tribunales eclesiásticos sobre dichos matrimonios de 3 de febrero de 1993. Se modifica el apartado 4 incluyendo a Malta.

³⁰ Un minucioso estudio sobre este Reglamento en su versión de 29 de mayo de 2000 ha sido realizado por RODRÍGUEZ CHACON, R., Unión Europea y eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas. El artículo 40 del Reglamento n.º 1.347/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000. En *Laicidad y Libertades*. Escritos jurídicos. Número 1, 2001 pp. 137-187.

La redacción de este artículo estaba pensada en un primer momento para resolver el problema que suponía la aplicación de este Reglamento a Portugal donde en virtud de la aplicación de su Concordato de 1940 no sólo se reconocía eficacia civil de forma automática a las decisiones y sentencias canónicas relativas a la nulidad del matrimonio católico y a la dispensa *super rato*, sino que el conocimiento de estas causas estaba reservado a los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos. La fórmula utilizada en el art. 40.1 libera a Portugal de la obligación de reconocer las sentencias de nulidad matrimonial que dicten los tribunales civiles de los demás países miembros de la Unión Europea siempre que afecten a matrimonios católicos y al mismo tiempo permite que las resoluciones eclesiásticas de nulidad y dispensa *super rato* sean reconocidas en otros países europeos en las condiciones previstas en el capítulo III (art. 40.2).

Las disposiciones contenidas en los números 1 y 2 del art. 40 se extendieron a los Tratados firmados entre la Santa Sede e Italia y España, aunque en estos casos sólo tenía sentido el segundo supuesto, ya que no existe en ellos una reserva jurisdiccional sobre estas materias.

Las divergencias entre ellos en lo que se refiere a las materias homologables y al control al que se someten las sentencias de nulidad eclesiásticas explicaba que en el número 4 del art. 40 España e Italia se reservaran someter las decisiones concordatarias que vinieran de otros países a los procedimientos y comprobaciones aplicables en sus respectivos países a estas mismas resoluciones.

El Concordato entre la Sta Sede y Portugal se reforma el 18 de mayo de 2004, desapareciendo la situación que dio lugar a la formulación del artículo 40. Después de esta reforma las resoluciones eclesiásticas no tienen eficacia automática sometiéndose a un procedimiento de homologación semejante al que existe en Italia y España, ni los portugueses que hayan contraído matrimonio canónico están obligados a resolver su matrimonio ante un tribunal canónico.

La firma del nuevo Concordato se produce antes de la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 prevista el 1 de agosto de 2004. La posterior reforma del artículo 63 para dar entrada a Malta en

diciembre de 2004 lleva a pensar que se puede considerar consolidada la relevancia jurídica indirecta de los Acuerdos con la Sta Sede en materia de matrimonio suscritos por los países indicados en la Unión.

3.4. El Reglamento (CE) N. 1099/2009 Del Consejo de 24 de septiembre 2009 relativo a la protección de los animales durante el sacrificio o la matanza

La aplicación de este Reglamento está prevista para el 1 de enero de 2013. En el se consolida lo establecido en la *Directiva 93/119/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1993*.

Esta Directiva introducía la adopción de normas mínimas para evitar el sufrimiento de los animales en el momento de su sacrificio o matanza, garantizando, por otro lado, el desarrollo racional de la producción y la realización del mercado interior de animales y productos animales. En dicha Directiva y a los efectos que aquí interesa destacar se establecía como regla general para evitar el sufrimiento el aturdimiento previo, sin embargo, se añadía una excepción para aquellos casos en que los animales fuesen objeto de particulares métodos de sacrificio prescritos por determinados ritos religiosos. Esta Directiva fue adaptada al derecho español por el Real Decreto 54/1995, de 20 de enero, en el que se reproduce tanto la regla como la excepción, añadiendo en la Disposición adicional segunda lo establecido en el artículo 4 de la Directiva acerca del reconocimiento a la autoridad religiosa reconocida por la legislación vigente de la competencia para la ejecución y control de las disposiciones particulares aplicables al sacrificio conforme a sus ritos.

El Reglamento considera que sobre la base del respeto de la libertad religiosa es importante mantener la no aplicación del aturdimiento de los animales en aquellos casos en que sean sacrificados de acuerdo a determinados ritos religiosos, concediendo, sin embargo, un ámbito de subsidiariedad a cada Estado miembro. Con el objeto de evitar un sufrimiento innecesario, en el Reglamento se exige que los rumiantes sacrificados sin aturdimiento deberán ser inmovilizados individual y mecánicamente. Además, el sacrificio de un animal de acuerdo con las exigencias de los ritos religiosos, deberá realizarse en un matadero.

4. LA POSICIÓN DEL ESTADO ANTE EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver los conflictos planteados en materia de libertad religiosa³¹, ha ido elaborando al mismo tiempo el estándar mínimo de protección de este derecho y los elementos que deben caracterizar la posición de los Estados ante las distintas manifestaciones de la libertad religiosa.

Tanto la Comisión como el Tribunal son conscientes de que no existe una tradición constitucional común en lo que se refiere al papel que deben jugar en el espacio público la religión y la convicción, esta constatación ha guiado su actuación que ha combinado la preservación de la diversidad como valor con el cumplimiento por parte de los Estados de un estándar mínimo que garantice la protección de la libertad religiosa y del necesario pluralismo religioso. Este planteamiento se ha concretado, en mi opinión, en la distinción de dos vertientes, la primera de ellas, concierne al modelo de relación del Estado con las confesiones, en relación con este aspecto el Tribunal ha aplicado el llamado «margen de apreciación», íntimamente conectado con el reconocimiento por parte del Tribunal de la diversidad cultural existente entre los distintos Estados miembros³², si bien hay que añadir que su importancia es secundaria en cuanto que sus perfiles están muy condicionados por el respeto a la libertad religiosa de todas las personas, creyentes y no creyentes. La segunda vertiente, prioritaria, ha sido la de garantizar la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

³¹ Un estudio completo acerca de la jurisprudencia del TEDH se encuentra en CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las Tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (agradezco al autor que me haya dejado utilizar su trabajo pendiente de publicar). También TORRES GUTIERREZ, A., *La libertad de pensamiento, conciencia y religión* (art. 9 CEDH) en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2005, pp. 509-527.

³² Acerca de la doctrina del «margen de apreciación» y su vinculación con la diversidad cultural se puede ver WIATER, P., *Intercultural Dialogue in the Framework of European Human Rights Protection*, ed. Council of Europe, Strasbourg, 2010, pp. 23-25.

Así pues, la Comisión y el Tribunal han adoptado una posición en virtud de la cual no han condenado en sí los distintos modelos de relación entre el Estado y las confesiones existentes en Europa. Así, se ha afirmado que «en sí» el modelo de confesionalidad no viola el artículo 9 de la Convención *Darby c. Suède*, 23 de octubre de 1990, en *Folguero c. Noruega*, 29 de junio de 2007, no se pone en cuestión el modelo confesional sino si se ha difundido de manera objetiva, crítica y pluralista la asignatura de cristianismo, religión y filosofía o por el contrario ha pretendido un fin de adoctrinamiento no respetando las convicciones religiosas y filosóficas de los padres demandados, o sin permitir la dispensa de la asignatura, *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía* de 9 de octubre de 2007. Sin embargo, ha adoptado una posición contra un régimen jurídico confesional que impusiera el cumplimiento de la sharia en, *Refab Partisi et autres c. Turquía*, 31 de julio de 2001.

Asimismo, ha validado el modelo de relación basado en Acuerdos con las confesiones, considerando que las situaciones de ventaja a una confesión como la católica no suponen lesión de la libertad religiosa si se abre esa misma posibilidad a las demás. En concreto, se ha pronunciado en varias ocasiones considerando que el Estado dispone de un amplio margen de apreciación a la hora de organizar su sistema tributario, *Spampinato c. Italia*, 29 de marzo de 2007, y sosteniendo otras, *Alujer Fernández y Caballero García c. España*, 14 de junio de 2001, que el sistema de asignación tributaria previsto como fuente de financiación de la Iglesia católica no lesiona la igualdad al estar abierto a otras confesiones.

Ha respaldado el modelo laico en *Kalaç c. Turquía*, 1 de julio de 1997, en el que subraya la importancia de la función que desempeña el funcionario más que en el hecho en sí de que sea funcionario, la laicidad ha sido el elemento fuerte en la limitación del derecho a la utilización de los símbolos religiosos en el caso *Leyla Sahin c. Turquía*, 10 de noviembre de 2005. En estos casos no ha sostenido que el Estado deba ser laico sino que la laicidad es legítima en la medida en que es compatible con el pluralismo, esto es, respeta los derechos y libertades de todos, creyentes y no creyentes³³. Admitiéndose en este ámbito un amplio margen de apreciación a los Estados. En realidad

³³ EVANS M. D., *Manuel sur le port des symboles religieux dans les Lieux publics*, ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2009, p. 59.

lo importante es, en todos los casos, la protección de la libertad religiosa en su dimensión individual y colectiva, desde donde es posible establecer unos mínimos comunes que deben cumplir los Estados con independencia del modelo de relación con las confesiones por el que hayan optado; en definitiva, el Estado debe garantizar, en todo caso, el pluralismo religioso.

Sin embargo, la protección de la libertad religiosa ha obligado al TEDH a dar un paso más en la definición de la posición del Estado ante el fenómeno religioso al afirmar que el Estado debe adoptar una posición de neutralidad ante las distintas manifestaciones religiosas, remarcando en *Iglesia metropolitana de Besarabia c. Moldavia*, 13 de diciembre de 2001, que el deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier apreciación acerca de la legitimidad de las creencias o sus manifestaciones, sin embargo, la neutralidad no puede servir para justificar una falta de protección de los derechos de los creyentes en aplicación del artículo 9. De aquí deriva una promoción del pluralismo y de la tolerancia. El límite a la abstención del Estado se concreta en la necesidad de proteger los derechos de los demás.

La neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito educativo, ha sido subrayada en *Lautsi c. Italia*, 3 de noviembre de 2009, esta afirmación tiene como consecuencia que el Estado debe evitar en las aulas la presencia de símbolos religiosos que puedan perturbar a alumnos que profesan otras religiones o no profesan ninguna. Así pues, la protección de la libertad religiosa contribuye a ir definiendo cuál debe ser la posición del Estado ante las distintas manifestaciones del fenómeno religioso.

Desde la neutralidad se ha desarrollado el principio de la autonomía individual y colectiva en virtud del que la libertad de creencias o modalidades de expresión de las mismas; asimismo, el Estado no debe interferir en los asuntos del gobierno interno de las confesiones. El contenido de la autonomía ha sido construido a través de una extensa jurisprudencia. Se puede decir que la doctrina del Tribunal sostiene que el Estado debe mantenerse neutral ante los asuntos internos de las confesiones. La interpretación combinada del artículo 9 y 11 han permitido afirmar en *Mirolubovs y otros c. Letonia*, 15 de septiembre de 2009 que «...la vida asociativa quede protegida de cualquier injerencia injustificada por parte del Estado y que supone que los fieles puedan asociarse libremente sin intromisiones arbitrarias

del Estado», lo que supone que queda en el ámbito de autonomía la facultad de aceptar nuevos miembros o de expulsar a otros, sin que el Tribunal pueda entrar a valorar la procedencia o no de la expulsión, afirmándose que esta forma de proceder no lesiona la libertad religiosa que consiste en cambiar de religión o convicción y abandonar en su caso sin obstáculos cualquier organización religiosa. Asimismo, la autonomía en su organización y funcionamiento internos ha sido afirmada por el Tribunal en *Ahtinen c. Finlandia*, 22 de septiembre de 2009 y *Duvodá y Duda c. República Checa*, 30 de enero de 2001. Se reconoce su facultad de dictar sus propias normas, credos, régimen de personal, culto, organización interna en la que se incluye el régimen disciplinario. Ante los conflictos internos el Estado debe permanecer neutral.

Esta posición de neutralidad como garantía de la libertad religiosa tiene como consecuencia la promoción del pluralismo y de la tolerancia. Ante los inevitables conflictos que el pluralismo en general plantea, el papel del Estado consiste, como se pone de relieve en *Serif c. Grecia*, 14 de diciembre de 1999, «... no en eliminar la causa de las tensiones eliminando el pluralismo sino cuidar de que los grupos concurrentes se toleren unos a otros», en el mismo sentido se pronuncia en *Iglesia Metropolitana de Besarabia c. Moldavia*, 13 de diciembre de 2001, y en *Alto consejo espiritual de la comunidad musulmana c. Bulgaria*, 16 de diciembre de 2004. En esta última sentencia el Tribunal ha subrayado de forma especial el papel del Estado como promotor de la tolerancia.

Sin embargo, la neutralidad, en el sentido de abstención, de imparcialidad, no puede ser utilizada para justificar una falta de protección del derecho de libertad religiosa. El Estado debe intervenir para proteger la libertad religiosa de los demás. Este punto nos lleva a la cuestión de los límites. En este punto, el Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones que la democracia³⁴ es el único modelo político compatible con la Convención, ha precisado el alcance de este concepto en *Partido socialista y otros c. Turquía*, 12 de noviembre de 2003, y en *Refah Partisi c. Turquía*, 31 de julio de 2001. Sin embargo,

³⁴ El papel preeminente que juega la democracia en el sistema europeo de derechos humanos y en la promoción del dialogo intercultural ha sido destacado en *White Paper on Intercultural Dialogue*, ed Council of Europe, Strasbourg, 2008, p. 20; también en *WIATER, P., Intercultural Dialogue...*, cit., p. 28.

deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados para adoptar medidas para proteger la naturaleza de su democracia e instituciones siempre que persigan los objetivos de la Convención³⁵. Este marco explica la limitación de la utilización de símbolos religiosos³⁶.

El principio general es que la utilización de signos religiosos es una manifestación de la libertad religiosa que debe ser respetada, así se ha pronunciado en *Bureau moscovite de l'Armée du Salut c. Russie*. Sin embargo, puede ser sometida a restricciones que según se establece en el 9.2 deben estar previstas en la ley y ser necesarias en una sociedad democrática para proteger el interés público y especialmente los derechos de los demás. En este tema se deja un amplio margen de apreciación a los Estados, dada la diversidad de sensibilidades, para valorar la necesidad de limitar estos derechos atendiendo al contexto jurídico y social y a las circunstancias del caso. Así, desde el principio de laicidad y neutralidad del Estado ha sido limitado este derecho en el asunto *Dahlab c. Suisse*, 15 de febrero de 2001, y también en *Leyla Sahin c. Turquía*, 10 noviembre de 2005, considerándose la limitación justificada en su principio y proporcionada en relación a las metas perseguidas, pudiendo ser consideradas como necesarias en una sociedad democrática.

Asimismo, se otorga a los Estados un amplio margen a la hora de apreciar los elementos integrantes del orden público como la seguridad, este elemento ha sido valorado como necesario para justificar en el caso *Phull c. France*, 11 de enero de 2005, el mandato dirigido a un *sihj* de que se quitara el turbante. El Tribunal afirma que «De una parte, los controles de seguridad en los aeropuertos son sin ninguna duda necesarios para la seguridad pública en el sentido de esta disposición. De otra parte, las modalidades de su aplicación entran dentro del margen de apreciación del Estado, tanto más cuanto que no se trata más que de una medida puntual». El razonamiento en el que basa su decisión se articula en torno a dos elementos de carácter general, la importancia de la seguridad y de otro el margen de apreciación del Estado, y otro elemento que se ciñe al caso concreto, en el que se valora el carácter puntual de la medida. Sin embargo, no

³⁵ EVANS, M. D., *Manuel sur le port des symboles religieux...*, cit., p. 60.

³⁶ Un completo estudio sobre la jurisprudencia del TEDH acerca de la utilización de símbolos religiosos se encuentra en EVANS, M. D., *Manuel sur le port des symboles religieux...*, cit.

entra a analizar si en este caso concreto eran necesarias ulteriores medidas de seguridad, como la exigencia de retirar el turbante, a los instrumentos de control a que se sometió el recurrente, incluidos los manuales, a través de los que es posible detectar la existencia de algún objeto de metal que pueda poner en peligro la seguridad de los demás. Si la respuesta hubiera sido positiva debería haber explicado porqué. No puedo dejar de preguntarme si se hubiera actuado del mismo modo con los signos de identidad de otras creencias, por ejemplo, ¿se hubiera obligado a una monja a retirarse la toca alegando razones de seguridad? En mi opinión, con los elementos que la sentencia nos aporta, la limitación del derecho es desproporcionada e innecesaria, la temporalidad no hace menos lesiva la limitación del derecho a usar signos de identidad religiosa.

SISTEMA NORMATIVO DE LA UE (naturaleza de las Fuentes)

Prof. Dr. CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ.
Catedrático de Derecho Internacional Público
Cátedra Jean Monnet «*ad personam*» de Derecho de la UE
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:—I. Consideraciones previas.—II. Naturaleza y función del Derecho Originario.—III. Naturaleza y función del Derecho Derivado.—IV. Regímenes normativos específicos.—V. Conclusiones

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El ordenamiento jurídico de la UE reviste los caracteres formales y materiales que permiten calificarlo como un *Sistema Jurídico*.

Siguiendo a R. AGO, la calificación de un ordenamiento como «jurídico» no depende del reconocimiento de éste mediante técnicas de asimilación con los sistemas jurídicos de los Estados, sino por la existencia de ciertos elementos objetivos en sus reglas, de forma que puedan incluirse en una de las categorías creadas por la Ciencia Jurídica¹.

Precisamente, el sistema jurídico de la UE, a pesar de su singularidad y de su especialidad —rasgos sobre los que volveré más adelante— es subsumible en la noción de sistema jurídico creada por HART², que distingue dos tipos de *Reglas*:

a) *PRIMARIAS*: que establecen los comportamientos (deberes) de los sujetos.

¹ «Science juridique et droit International», *RCADI*, 90, 1956, pp. 851 ss. en pp. 922-928.

² *El concepto de Derecho*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1994, pp. 117 ss.

b) *SECUNDARIAS*: que se ocupan de establecer los criterios de validez y pertenencia al ordenamiento jurídico (Reglas de Reconocimiento); la forma de creación, supresión y modificación de las normas (Reglas de Cambio); y, la interpretación, aplicación y sanción por violación de las normas primarias (Reglas de Adjudicación).

La existencia de «Reglas Secundarias» es imprescindible para que un conjunto de «Reglas Primarias» sea un sistema, aunque el principal papel vertebrador lo asume la «Regla de Reconocimiento» ya que asegura la «unicidad y coherencia» del sistema, dado que especifica las «fuentes» del Derecho y establece los criterios generales de identificación de las reglas del sistema.

El ordenamiento de la UE —aún fundamentado en Tratados internacionales— es un ordenamiento autónomo «*self contained*» que cuenta con «Reglas Secundarias» propias, precisamente las que subrayan también su especificidad.

No obstante, se trata de un sistema jurídico «singular», entre otras razones porque, como consecuencia de una compleja evolución de los Tratados Originarios (CECA1952/ CEE, y, EA, 1957), desfallecen los caracteres de la unicidad (o unidad) y de la jerarquía normativa.

En este sentido, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa³ sólo ha paliado la falta de una proclamación expresa del Principio de Jerarquía normativa mediante indicaciones jurídicas implícitas (la diferenciación entre actos legislativos y el resto de los actos de Derecho Derivado, Artículos 294 y ss. del TFUE), y, no ha logrado reconducir hacia el Principio de Coherencia la dualidad internacional y supranacional que pervive plenamente en la PESC, Capítulo 2 del Título V del TUE, y, parcialmente en el régimen transitorio de algunos actos del ELSJ⁴, así como en el reconocimiento y la consolidación de estatutos diferenciados a diversos Estados miembros de la UE (lo cuál se traduce en la consagración permanente de un conjunto de obligaciones desiguales)⁵.

³ Firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, versiones consolidadas en DO C 83 de 30 de marzo de 2010.

⁴ Vid. El Título VII del protocolo n.º 36, sobre las disposiciones transitorias, anejo al TUE y al TFUE.

⁵ V. gr. los Protocolos n.º 15, n.º 16, n.º 17, n.º 20, n.º 21, n.º 22, y n.º 30, anejos al TUE y al TFUE.

II. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL DERECHO ORIGINARIO

Volviendo al modelo de HART, es posible identificar su estructura conceptual en los elementos vertebradores del sistema jurídico de la UE.

Los Tratados Constitutivos y modificativos forman parte, junto con las Actas de Adhesión y cierto acervo al que luego me referiré, del denominado Derecho Originario o Primario.

En cuanto normas constitutivas establecen la pluralidad y diversificación de las obligaciones, función propia de las Reglas Primarias, que fijan, principalmente, los comportamientos de los Estados miembros, las Instituciones, Órganos y Agencias de la UE, y más excepcionalmente de los particulares (las empresas y Asociaciones de Empresas, o muy singularmente las personas físicas, como, por ejemplo, los Artículos 101 y 102 del TFUE).

Conviene subrayar no obstante que la pluralidad de Fundamentos Constitutivos —TUE, TFUE, TEA, etc.— junto con los múltiples Protocolos y Declaraciones anejas, tienen como consecuencia la fragmentación de la «unidad» o el «carácter uniforme» de las obligaciones. Situación en la que abunda el carácter «sui generis» de la PESC.

En todo caso, al analizar el Derecho Originario como elemento de regulación de conductas sobresalen, por su exhaustividad y su rigor técnico, ciertas regulaciones sobre las libertades económicas fundamentales, las reglas de competencia y las políticas comunes (como, por ejemplo, la mayoría de las disposiciones de la Tercera Parte del TFUE que regulan las Políticas y Acciones Internas de la Unión).

Es este un rasgo señero del ordenamiento de la Unión, heredado del Derecho Comunitario Europeo, que concibe la regulación de los comportamientos públicos y privados con un carácter funcional: reducir los riesgos e incertidumbres de las transacciones económicas en el seno del mercado interior y contribuir a la estabilidad de los ámbitos económicos integrados o en vías de integración⁶.

Este «carácter instrumental» del Derecho de la UE trae causa en una «lógica constitucional propia», que rige la integración económi-

⁶ OPHÜLS, C. P.: «Die EGVals Planungsverfassungen», en VVAA: Planung I (Recht. Und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft), Baden-Baden, 1965, pp. 229 ss., espec. pp. 232-233.

ca de los Estados miembros siguiendo un esquema planificador propio del tardocapitalismo. Consiguientemente, los Tratados establecen obligaciones de transferencia de determinadas competencias a las instituciones de la UE y prohíben utilizar medios internos que distorsionen la integración, reduciendo a su mínima expresión las cláusulas de escapatoria y las cláusulas de salvaguardia⁷.

Dejando a un lado el extinto régimen del Tratado CECA —que fijaba al detalle las conductas de los agentes implicados en la Zona de Libre Cambio en cuestión— el Tratado CEE, primero, y hoy el TFUE se limitan a mantener un marco conductual genérico que alcanza sus mayores cotas de imperatividad y exhaustividad mediante la implementación de las normas vinculantes del denominado Derecho Derivado y de la jurisprudencia del TJUE y del TG. En este sentido, estas normas de Derecho Derivado participan de muchos caracteres «legislativos» del Derecho interno, que facilitan su coactividad por la indiscutible exigibilidad de las obligaciones que imponen a sus destinatarios. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

Similarmente, los Principios del Derecho de la UE siguen una lógica funcional que se traduce, ya sea en su función «constitucional» dentro del sistema (P.º de atribución, P.º de subsidiariedad, P.º de proporcionalidad, P.º de no discriminación, ínsitos a los Tratados constitutivos)⁸, ya sea, en su carácter de principios generales del Derecho de la UE que ofrecen los parámetros o pautas de racionalidad necesarios para una adecuada calificación de la validez de las normas de Derecho Derivado o de los Acuerdos Internacionales, cuya legalidad haya sido impugnada en el marco de un procedimiento jurisdiccional ante el TJUE o el TG, o dentro del expediente de cooperación relativo a la cuestión prejudicial en validez (letra b) del artículo 267 TFUE.

A su vez, las normas que configuran este Derecho Originario o Primario están revestidas de caracteres propios de las «Reglas Secundarias», dado que de ellas se infieren totalmente los criterios para establecer las «Reglas de Reconocimiento» y las «Reglas de Cambio», y, principalmente, los criterios para formular las «Reglas de adjudicación».

⁷ MOREIRO GONZÁLEZ, C. J.: *Organización del Mercado e Integración Europea*, Madrid, 1998, espec. pp. 80-82.

⁸ V- gr. Artículo 5 TUE, Artículo 2 TFUE, Artículo 7 TFUE, Protocolo n.º 2, anejo al TUE, y al TFUE, etc.

Así, por ejemplo, son las normas supremas del ordenamiento de la UE, supremacía que se traduce, por una parte, en la determinación del fundamento, alcance y límite del denominado Derecho Institucional o Derivado (incluidos los Acuerdos Internacionales celebrados por la UE con terceros Estados y Organizaciones Internacionales). Por otra parte, dada la falta de una norma de estructuración general del sistema de producción de normas —que supone la indeterminación del principio de jerarquía normativa— la identificación de los criterios «estructurales» tiene lugar infiriéndolos de previsiones y procedimientos establecidos en el Derecho Originario, tales como, los procedimientos jurisdiccionales de adecuación y validez; la previsión genérica del artículo 5 UE y del artículo 2 TFUE que sujeta el ejercicio de las competencias a «las condiciones y fines previstos en las normas constitutivas»; y, la remisión del artículo 6.1 UE sobre el rango jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que gozará «del mismo valor que los Tratados».

Junto con los citados elementos de «normatividad esencial» relativos a las «reglas de reconocimiento», contiene también muchos de los relativos a las «Reglas de cambio», ya que establecen los principios, determinan los poderes atribuidos, los procedimientos nomogénéticos, etc.⁹.

Ciertamente, es también el Derecho Originario el máximo (aunque no el único) exponente de la función de «adjudicación» en el Derecho de la UE, dado que establece reglas para que discurra la interpretación, aplicación y sanción por la violación de las normas primarias¹⁰.

Si bien, el Derecho Derivado y la Jurisprudencia del TJ completan y amplían la base referencial para identificar las «Reglas de adjudicación».

III. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL DERECHO DERIVADO

En lo concerniente al Derecho Derivado, es decir, el que se adopta por las Instituciones de la UE con base en las competencias atribuidas a éstas por los Tratados y de conformidad con los procedimientos establecidos en los mismos, cabe subrayar por su relevancia

⁹ V. gr. Artículos 218 y 294 TFUE.

¹⁰ V. gr. Artículos 258, 259 y 260 TFUE.

el conjunto de instrumentos previstos en el artículo 288 TFUE (Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes), así como los Acuerdos Internacionales celebrados por la UE con terceros Estados y OI.

Asimismo, merecen una consideración específica los actos de la PESC y los actos de la CPJP, mientras estén vigentes, y, en todo caso durante el periodo transitorio de cinco años que fija el Tratado de Lisboa.

De todos ellos cabe afirmar que cumplen funciones de adjudicación, ya que su existencia es esencial para aplicar y sancionar, en su caso, las violaciones de las obligaciones establecidas en las normas primarias.

La primera consideración sobre el alcance y naturaleza de los actos previstos en el artículo 288 TFUE es que, con el régimen del Tratado de Lisboa, los actos de carácter vinculante, Reglamentos, Directivas y Decisiones, se consideran como «legislativos», lo cuál esclarece el confuso panorama de la jerarquía normativa al menos con relación a los actos no legislativos, ya sean éstos, actos delegados (art. 290 TFUE), o actos de ejecución (art. 291 TFUE).

No obstante, queda excluida tal relación de jerarquía con relación a los actos de la PESC (Posiciones Comunes, Acciones Comunes), los actos de la CPJP mientras dure su vigencia (Posiciones Comunes, y Decisiones marco y Decisiones), así como con los Acuerdos PESC (artículo 37 UE), los Convenios Complementarios y Acuerdos de la CPJP en vigor, y, los Acuerdos Internacionales celebrados por la UE que, una vez en vigor, priman sobre los actos legislativos y se integran plenamente en el sistema jurídico de la UE (artículo 216 TFUE)¹¹.

Similarmente, no es posible invocar el principio de jerarquía con relación a los actos no vinculantes del artículo 288 TFUE (Recomendaciones y Dictámenes) que, aún privados de sanción directa, producen relevantes efectos de carácter indirecto a efectos de la interpretación de las normas internas y de la Unión por los Jueces nacionales¹², o para ajustar adecuadamente las obligaciones de los Estados miem-

¹¹ KAPTEYN, P. J. G., et. al. (eds.): *The Law of the EU and the EC: with Reference to Changes to Be Made by the Lisbon Treaty*, La Haya, 2008.

¹² St. del TJUE (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 1989, as. 322/88, Grimaldi, Rec. p. 04407.

bros a la luz del Derecho de la UE. Obviamente, se trata también de reglas de adjudicación.

Más enrevesada resulta la cuestión de la jerarquía normativa al referirse al Derecho Internacional General, y, a los actos «sui generis» tales como las Decisiones de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo de Ministros, ya que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en nada altera el vigente «statu quo».

En efecto, dada la inexistencia de una cláusula de recepción del Derecho Internacional General, la genérica afirmación del último inciso del apartado quinto del artículo 3 del TUE, según la cuál «en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá el estricto respeto y el desarrollo del Derecho Internacional, y, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas», apenas alterará la posición contradictoria y ambigua del Tribunal de Justicia de la UE en su reciente jurisprudencia (Sentencia de 3/9/2008, as. C-402/05 y C-415/05, KADI), establece que «las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional (la Carta) no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del TCE (ahora TFUE)¹³.

Ciertamente, esta jurisprudencia no prejuzga la incorporación del Derecho Internacional en forma de Principios Generales que es práctica consolidada en la hermenéutica del Tribunal¹⁴.

En el caso de las obligaciones derivadas de los Acuerdos celebrados por los Estados miembros con terceros Estados u OI antes de su pertenencia a la UE, rige una lógica funcional, según la cuál, mientras éstos no los denuncien o adecuen sus contenidos (artículo 351 TFUE), los Acuerdos que no inciden en las competencias de la UE rigen plenamente, mientras que, los que incidan en dicho ámbito no prejuzgan la competencia de la UE para sustituir al Estado miembro en cada situación específica o desarrollar con plenitud las competencias normativas que fueran necesarias.

¹³ Vid. De Burca, G.: «The EU, the ECJ and the international legal order after Kadi», *Harvard Int. L. J.*, 1, 51, 2009.

¹⁴ En realidad, el Tratado de Lisboa no difiere en este punto del Tratado Constitucional Europeo; consiguientemente, procede realizar las mismas consideraciones que hicimos en su día en, MOREIRO GONZÁLEZ, C. J.: «The International Element within the European Constitutional Treaty», *VVAA: The Fundamental Principles of the European Constitution*, Berlín-Bruselas-Ginebra-París, 2006, pp. 91 ss.

Por otro lado, las mencionadas Decisiones de los Gobiernos de los Estados miembros, ocupan un ámbito material delimitado por el propio acto de que se trate. Dada su naturaleza «sui géneris», a pesar de su marcado carácter internacional, se alinean con el Derecho Originario, a efectos de determinar su jerarquía, lo que, entre otras consecuencias jurídicas conlleva la necesidad de clasificarlas dentro del «Acervo» que los Estados candidatos deben incorporar mediante los instrumentos de Adhesión a la UE.

IV. RÉGIMENES NORMATIVOS ESPECÍFICOS

Finalmente, quisiera hacer una referencia al régimen jurídico de los actos de la CPJP y de la PESC tras el Tratado de Lisboa.

Con relación a los actos de la CPJP, aunque el artículo 4.1.j) TFUE atribuye con carácter compartido a la Unión las competencias en este ámbito, y, consiguientemente consagra «ipso iure» su supranacionalización, (incluidas la adopción de actos legislativos y el control jurisdiccional por el TJ), sin embargo, las tensiones intergubernamentales y la pervivencia de situaciones jurídicas diferenciadas entre los Estados miembros han dejado sentir aquí su peso.

Además de la vigencia durante un periodo transitorio de los actos adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuyo perfil es nítidamente intergubernamental, eludiendo, entre otros, la aplicación de los principios de efecto directo y aplicación uniforme, varios Estados miembros, Irlanda, Reino Unido y Dinamarca, gozarán de un estatuto jurídico diferenciado según lo previsto, respectivamente, en los Protocolos 19, 20, 21, y, 22, antes citados.

Esta compleja situación les facultará, dependiendo de los casos, bien a excluir en su totalidad la aplicación de normas, a incorporarlas a sus ordenamientos internos una vez adoptadas en función del interés nacional, o a recurrir a métodos de incorporación «ad hoc», excluyéndose de antemano y salvo decisión expresa en contrario el control jurisdiccional del TJ y del TG.

No salen mejor parados el acervo normativo y los mecanismos monogenéticos de la PESC.

El Tratado de Lisboa sólo opera aquí como un Acta notarial que atestigua el control absoluto de la definición de dichos actos por los

gobiernos de los Estados miembros. Un mero soporte formal que no impugna su carácter político y funcional, excluyéndolos del régimen legislativo supranacional, y cuya adopción e implementación se apoya en la técnica internacional del «libre consentimiento estatal».

La presencia de Instituciones y órganos de la Unión en los procedimientos nomogénicos de la PESC, ya sea el Consejo Europeo, el Consejo o la Alta Representante es un trasiego instrumental que en nada afecta a su naturaleza.

Sólo cuando converjan el consenso intergubernamental y el interés estratégico general será posible impulsar, canalizar y adoptar dichos actos, cuya implementación dependerá de la voluntad soberana de los Estados miembros, a duras penas condicionada por el carácter imperativo de las obligaciones derivadas del artículo 24.3 UE.

Este artículo prevé «inter alia», que aquéllos apoyen activamente y sin reservas a la PESC, que guarden los principios de lealtad y solidaridad mutua y que se abstengan de acciones individuales contrarias al interés de la Unión.

IV. CONCLUSIONES

La marcada especificidad del Derecho de la Unión Europea, inicialmente justificada por el carácter funcionalista del proceso de integración comunitario (económico y político), cobra mayor proyección con la consolidación en el Tratado de Lisboa de dos fenómenos encastrados en la revisión del Derecho Originario desde el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht: la integración diferenciada y la aplicación a ciertos ámbitos de acción de la UE de las fórmulas de cooperación intergubernamental.

Todo ello distorsiona la percepción del sistema jurídico resultante desde los prismas acuñados por la Teoría del Derecho, y desde los esquemas y paradigmas del Estado Democrático de Derecho.

Este panorama, queda algo más esclarecido por la necesaria adecuación del conjunto de los actos y principios jurídicos de la UE a los mecanismos internacionales de reconocimiento y salvaguardia de los Derechos Fundamentales, y, muy especialmente, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Artículo 6 del TUE).

LA INCIDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SISTEMA INTERNO DE FUENTES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ
Profesora Titular de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Vigo

SUMARIO:—I. Las fuentes y el sistema jurídico.—II. Sistema de normas y principios del Derecho comunitario: su relación con los ordenamientos internos. —III. La unidad y la coherencia del sistema jurídico

I. LAS FUENTES Y EL SISTEMA JURÍDICO

Uno de los rasgos más destacables en los actuales Ordenamiento jurídicos es el de una creciente diversificación en el tipo de normas jurídicas vigentes, así como su creciente número. Se trata de normas de diferentes momentos históricos y categorías, pues, «*el universo de las normas jurídicas no sólo tiene una gran amplitud, también se caracteriza por su gran complejidad*»¹. Obviamente, la rápida transformación y los cambios que caracterizan nuestra época tienen un importante reflejo en el Derecho, habiendo alcanzado, esta marea transformadora, incluso «*aquellós ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían inasequibles a la innovación, como el de las fuentes del Derecho*»². Es fácil advertir que en este constante incremento en el número y complejidad de normas, influye muy decisivamente la incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros. Ante esta situación puede parecer complicado el seguir afirmando desde la teoría del Ordenamiento jurídico que las normas que lo integran forman un sistema perfecto al que se atribuyen las notas de unidad, coherencia y plenitud. Características que hacen que «*el Derecho en su conjunto sea un Ordenamiento, esto es,*

¹ CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2000, p. 118.

² PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 76.

un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen»³. Si bien es cierto que estas notas características de la concepción del Derecho como sistema son «*de difícil realización práctica*»⁴, sin embargo, no hay que olvidar que la noción de sistema jurídico cumple una importante función metodológica en orden a servir de instrumento para el análisis del fenómeno jurídico. Pues, como recoge Pérez Luño, la idea de ordenamiento como sistema puede explicar la existencia del Derecho, nos permite comprender lo que el Derecho es y, finalmente, a través de «*la idea de ordenamiento jurídico como sistema se puede conocer lo que es derecho*»⁵. Pues, cuando hablamos de sistema jurídico damos cuenta de la naturaleza específica del Derecho. A través de un debate «*en términos de sistema y en torno a nociones como clausura, comunicación, normatividad, autonomía, intercambios, y operatividad*»⁶ podemos dar cuenta de su naturaleza y de las relaciones jurídicas.

Por otra parte, la concepción de sistema, superadora de las tesis tradicionales que definen el concepto de sistema a partir de las normas jurídicas, permite mediante la noción de pertenencia definir las normas jurídicas que integran el sistema. Así, como señala Patricia Cuenca, «*la ventaja más evidente que se deriva de la consideración sistemática del Derecho consiste en que permite solucionar de forma satisfactoria la cuestión de la identificación de sus componentes*»⁷.

³ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 202.

⁴ DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 23.

⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 203.

Igualmente, señala Prieto Sanchís, que la idea de sistema y del legislador racional cumple una importante función, obligando a interpretar y a aplicar el Derecho con arreglo a la exigencia de racionalidad «*que implica que entre todos los ingredientes que forman el ordenamiento existe una unidad sistemática: no es el Derecho en sí quien aparece como sistema, sino el Derecho en cuanto que examinado como conjunto de normas unidas y entrelazadas*». PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 184.

⁶ ARNAUD, A. J. y FARIÑAS DULCE, M. J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 244.

⁷ CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson – Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2008, p. 1.

Son numerosas y diferentes las ideas de sistema que podemos utilizar⁸, pero además, los sistemas jurídicos son una subclase de los sistemas normativos lo que hace compleja la tarea de esclarecer su naturaleza a partir de sus propiedades (institucionalización, coactividad, normatividad, organización jerárquica, etc.). Las distintas explicaciones de dichas propiedades determinarán «*la reconstrucción de distintos conceptos de sistema jurídico*»⁹.

Ahora bien, para poder abordar la cuestión de cuál es la incidencia del Derecho de la Unión Europea en el sistema de fuentes de los estados miembros resulta necesario ofrecer una definición de partida del sistema jurídico, así como una concreción de sus rasgos característicos. El sistema jurídico puede ser definido con Rafael de Asís como «*un conjunto de normas jurídicas (creadas por y creadoras de instituciones), y sus derivaciones lógicas, existentes en un determinado momento, susceptible de ser descompuesto en subsistemas*»¹⁰.

Respecto de sus rasgos, los sistemas jurídicos se caracterizan por las notas de unidad, coherencia y plenitud, ya que la sistematicidad, «*en cuanto conjunto o combinación de elementos ordenado en cierta disposición y unidad de sentido*», se encuentra en relación necesaria con la idea de consistencia, entendida como ausencia de contradicciones¹¹. En la mayoría de las definiciones de sistema hay dos notas que se repiten: el orden y la unidad. La noción de orden se refiere a la exigencia de «*una coherencia interna racionalmente captable, es*

⁸ A este respecto, resulta clásico recoger el análisis de Tarello quien distingue seis significados de sistema jurídico. Vid. TARELLO, G., *Cultura guiridica e politica del diritto*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1988, pp. 164 ss.

⁹ MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 27.

A modo de ejemplo, ambos autores recogen estos diferentes conceptos de sistema jurídico: *unión de reglas primarias y secundarias (Hart)*, *conjunto de normas internamente relacionadas (Raz)*, *conjunto de enunciados normativos que contiene todas sus consecuencias lógicas (Alchourrón y Bulygin)*, y, *conjunto de normas cuyo fundamento de validez es una norma soberana o una norma básica, etc. (Von Wright, Kelesen)*.

¹⁰ DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, ob. cit., p. 22.

¹¹ RUIZ SANZ, M., *La construcción coherente del Derecho*, Dykinson – Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2009, p. 30.

decir, fundada en la misma cosa», mientras que la unidad ha de conducirse a unos pocos y determinantes principios básicos¹².

Ahora bien, antes de adentrarnos en el estudio de la notas características de los sistemas jurídicos, resulta necesario que nos detengamos en el análisis de qué son y cuales son las fuentes del Derecho. Como señala, entre otros Pérez Luño, la polisemia del término «fuente» ha sido responsable de multitud de equívocos, pues la «*multivocidad del término «fuente» en el lenguaje natural, se traduce en abierta equivocidad al ser trasplantado a los dominios de los jurídico*»¹³.

Con Bobbio, podemos definir las fuentes del Derecho como los hechos o actos a los que «*un determinado Ordenamiento Jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas*»¹⁴. Es decir, son los modos de producir normas jurídicas, aquellos procedimientos o hechos establecidos y reconocidos como válidos para crear normas jurídicas.

Desde un punto de vista técnico-jurídico para conceptualizar las fuentes del Derecho, ha de partirse del concepto formal de fuente referido a «*aquellas normas jurídicas que determinan el órgano competente y el procedimiento a través del cual se crean las normas jurídicas*»¹⁵. Esta aproximación supone considerar las fuentes desde un punto de vista interno al propio ordenamiento jurídico en el sentido de que para analizar la cuestión de la creación de las normas jurídicas sólo se tendrán en cuenta los factores jurídicos que proporciona el propio sistema. Por contraposición a esta categoría de fuentes formales, suelen identificarse las denominadas «fuentes materiales del Derecho» que harían referencia a «*todos los factores extrajurídicos que inciden sobre la creación de las normas jurídicas*»¹⁶. Desde este punto de vista, ha de señalarse que la estructura del sistema de fuentes vendrá determinada por la existencia de un conjunto de normas de

¹² CANARIS, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, trad. de Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 20.

¹³ PÉREZ LUÑO, A. E.: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, ob. cit., p. 14.

¹⁴ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, ob. cit., p. 169.

¹⁵ LÓPEZ RUIZ, F., *Sistema jurídico, interpretación y criterios de producción normativa*, Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n.º 2, 1994, p. 247.

¹⁶ AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, segunda edición, Ariel, Barcelona, 2008, p. 40.

segundo grado o metanormas, normas secundarias según la terminología de Hart¹⁷, que establecen los procedimientos para crear o reconocer normas jurídicas. Pues, obviamente, para que un procedimiento o un acto cree una norma, habrán de estar previstos en otra norma del sistema y esta norma será de un nivel diferente de las creadas por ella.

Por otra parte, resulta útil detenerse en la distinción entre actos jurídicos y fuentes-acto. Los primeros presuponen una regla que confiere poderes a determinados sujetos para que a través de la realización de ciertas acciones, produzcan determinados resultados institucionales. Las fuentes-acto hacen referencia a la regla de competencia «*a la regla que confiere poderes; autoridades, a los sujetos titulares de esos poderes; y disposiciones jurídicas, documentos normativos dotados de autoridad o fuentes del Derecho, a los resultados institucionales*»¹⁸. Además, en los sistemas jurídicos que han alcanzado un cierto nivel de desarrollo, la autoridad comprende no sólo al sujeto normativo, sino que incluye también los procedimientos. Es decir, «*la autoridad de un resultado normativo proviene de que cierto sujeto haya seguido un determinado procedimiento*»¹⁹.

Pero, hay que insistir, los sistemas jurídicos desarrollados se caracterizan por reconocer más de una fuente de producción del Derecho y la distribución de poderes normativos tiene una dimensión formal, pero también otras dimensiones, como son la territorial, la material o la personal. Esta distribución de poderes normativos se explica a través de la noción de delegación y así puede afirmarse que se delega poder en una autoridad para que mediante la producción de determinados resultados institucionales, las fuentes-acto (competencia formal) regule ciertas materias (competencia material)²⁰.

¹⁷ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

¹⁸ AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., p. 72.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 73.

²⁰ *Ibíd.*, p. 79.

Igualmente, Alf Ross señalaba que las normas de Derecho legislado reciben su autoridad de las normas de competencia que definen las condiciones bajo las cuales la sanción tendrá fuerza legal. Estas condiciones son de dos clases. En primer lugar, formales de competencia, que definen el procedimiento para la sanción de la norma, incluyendo la identificación de los sujetos calificados para adoptar los distintos procedimientos. El segundo grupo lo integran las condiciones materiales, que «*de-*

Así, parte del Derecho «*consiste en nuevas normas de competencia que constituyen nuevas autoridades, las que a su vez pueden ser competentes para establecer otras autoridades*»²¹. Es más, en los ordenamientos contemporáneos esa *parte del Derecho* cobra una gran importancia, resultando imprescindible la delegación de poderes ya que, «*por su multiplicidad e heterogeneidad, las normas jurídicas que requiere una sociedad avanzada para su funcionamiento cubren un campo tan extenso que es imprescindible un sistema plural de fuentes*»²².

II. SISTEMA DE NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO: SU RELACIÓN CON LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

La Unión Europea es un organismo supraestatal autónomo que ejerce determinados poderes que han sido previamente cedidos por los Estados miembros que la integran. La primera nota característica importante que hay que señalar es que las competencias de la Unión Europea son de simple atribución²³, ya que la cesión de soberanía es limitada.

Las relaciones entre el Derecho comunitario y los ordenamientos internos de los Estados miembros se rigen por los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. De acuerdo con el principio de atribución, la Unión Europea deberá actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos establecidos en los mismos. El contenido y la forma de la acción de la Unión podrá exceder de lo necesario para alcanzar esos objetivos, en virtud del principio de proporcionalidad. Las competencias que los Tratados no atribuyan a la Unión corresponderán a los Estados miembros. No obstante, aún en los ámbitos que no son de su competencia, la Unión Europea podrá intervenir cuando «*los objetivos de la acción pretendida no puedan*

finen el objeto o contenido de la norma que puede ser sancionada mediante el procedimiento indicado». En ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, tercera edición, Eudeba, Buenos Aires, 2005, pp. 109 y 110.

²¹ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, ob. cit., p. 110.

²² PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, ob. cit., 207.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, undécima edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 154.

ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión»²⁴. En este caso, los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad.

En el caso español esa atribución competencial se produjo de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución, que prevé que mediante Ley orgánica se pueda autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. A través de esta norma, la Constitución dejó abierto el camino para que el Estado español cediese competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, permitiendo que un Derecho supranacional con incidencia directa en los ciudadanos desde el momento mismo de nuestra integración en las Comunidades Europeas «sin necesidad de proceder a ningún ajuste ulterior, ni de pasar por el intermedio de ningún mecanismo interno de conversión»²⁵. Así, como consecuencia del Tratado de Adhesión de España a la CEE de 12 de agosto de 1985, cuya ratificación se autoriza mediante Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, «España recibe de lleno el acervo comunitario, al que se le da carácter preferente sobre el derecho interno»²⁶ al igual que ocurre con todo el Derecho comunitario posterior.

Uno de los rasgos de la naturaleza de la integración europea que primeramente fue destacado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europa (TJCE) es el de «su caracterización como ordenamiento jurídico conceptualmente autónomo»²⁷. En su sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos, el TJCE afirmó lo siguiente:

«la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado sus soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales».

²⁴ Artículo 5 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 153.

²⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004, p. 48.

²⁷ ALONSO GARCÍA, R., *Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, p. 15.

En esa misma sentencia el TJCE caracterizó al Derecho comunitario como un Derecho autónomo respecto de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, que crea tanto obligaciones como derechos para los ciudadanos de esos estados, que se incorporan a su patrimonio jurídico. Tales derechos nacerían, no sólo directamente cuando el Tratado los atribuye explícitamente, sino también «*en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias*»²⁸.

Sobre esta cuestión insistiría un año más tarde en sus sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Flaminio Costa, reiterando la autonomía del Derecho Comunitario:

«a diferencia de los Tratados Internacionales ordinarios, el Tratado CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales; que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos».

Como consecuencia de ello, esta integración en el Derecho de cada Estado miembro de disposiciones normativas procedentes de fuentes comunitarias hace imposible que los Estados hagan prevalecer frente al ordenamiento jurídico comunitario, «*una medida unilateral posterior, que no puede, por tanto, oponerse a dicho ordenamiento*».

Recapitulando, la Unión Europea y el Derecho que crea constituyen un ordenamiento jurídico *sui generis*, distinto del Ordenamiento internacional y de los Ordenamientos de los Estados miembros. No obstante, este particular ordenamiento se integraría en los sistemas jurídicos nacionales. El Derecho Comunitario forma parte del Derecho de los Estados miembros, «*constituye Derecho propio de cada uno de ellos, en la misma medida que el Derecho creado por los órganos constitucionales de cada Estado*»²⁹.

²⁸ STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, ob. cit., p. 157.

Que el ordenamiento comunitario sea autónomo significa, desde una perspectiva institucional o estructural, que la Unión está dotada de personalidad jurídica, cuenta con sus propias Instituciones, con poderes normativos y ejecutivos propios, conforme a sus propias reglas procedimentales y sustantivas y, en último término, se encuentra bajo su propio control jurisdiccional, integrado por el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia. Esta autonomía, desde un punto de vista sustantivo, «*se traduce en un conjunto de principios propios, que presiden sus relaciones con los ordenamientos nacionales*»³⁰: primacía, eficacia y aplicabilidad directa, seguridad jurídica y principio de responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por infracción del Derecho Comunitario.

El sistema de normas de la Unión Europea puede dividirse entre normas originarias —los Tratados constitutivos y las normas convencionales que los han ido modificando— y normas derivadas, que formarían «*un conjunto de modos de instrumentación jurídica con fundamento en la norma constitutiva*»³¹. La mayoría de estas normas derivadas proviene del sistema de atribución de competencias recogido en el Derecho originario, que constituye la esencia misma del modelo, otorgando «*al sistema institucional los poderes jurídicos necesarios para la consecución de los fines y objetivos establecidos en la norma originaria*»³². Los diferentes tipos de competencias, exclusivas o compartidas, se instrumentalizan, fundamentalmente, a través de los denominados «actos típicos»: reglamentos, directivas y decisiones.

De entre ellos, las formas normativas que mayor impacto tienen en los ordenamientos internos de los Estados miembros son el reglamento y la directiva. El primero «*es, sin duda, el acto institucional de mayor potencia normativa*»³³ y por ello se utiliza para regular las materias sobre las que la Unión Europea tiene atribuida amplias competencias de intervención. El reglamento comunitario se caracteriza por ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable, es decir, produce por sí mismo efectos jurídicos en los sistemas jurí-

³⁰ ALONSO GARCÍA, R., *Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ob. cit., p. 16.

³¹ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 335.

³² *Ibídem.*

³³ PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Hacia un Derecho Común en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 19.

dicos internos, sin que sea necesaria la asistencia o su desarrollo por normas estatales.

A diferencia de los reglamentos, las directivas carecen por definición de aplicabilidad directa y, como consecuencia de ello, de efecto directo. La directiva impone a los Estados una obligación de resultado, pero que va más allá de una simple consecución en abstracto de ese resultado, «*sino que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas nacionales necesarias para alcanzar dicho resultado*»³⁴, pero con libertad de elección de la forma y los medios. No obstante, también la directiva es susceptible de producir efecto directo cuando haya sido transpuesta incorrectamente o no lo haya sido dentro del plazo prescrito en la propia norma comunitaria³⁵. No obstante, «*se trata de un «efecto directo vertical», ya que se contempla en la relación del particular frente al Estado*»³⁶, pero no en sentido contrario, ya que el Estado incumplidor, «*no puede invocar, frente a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que ésta (la directiva) implica*»³⁷.

Las decisiones pueden ir dirigidas, tanto a un particular, como a un Estado o Estados. Se caracteriza por ser obligatoria en todos sus elementos ya tanto en la forma, como en los medios y el resultado.

Aunque recogidas, tan someramente, las fuentes principales y los principios del Derecho de la Unión Europea, considero que será suficiente para poder ir adelantando alguna de las consecuencias que se producen en relación con los sistemas jurídicos nacionales. Una de las primeras consecuencias que debe señalarse es que la integración europea ha supuesto en la práctica para los parlamentos nacionales, entre ellos también el español, una subordinación a órganos dotados de una potestad legislativa de superior rango. Pero esta transcendencia es mayor, si tenemos en cuenta que la mayoría de la producción legislativa de la Unión Europea no procede del Parlamento Europeo y queda generalmente fuera del control y de la posibilidad de intervención por parte de los parlamentos nacionales en su fase de elaboración. Pues, y aunque las formas de producción normativa

³⁴ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 367.

³⁵ En este sentido, la STJCE de 19 de enero de 1982, asunto Ursula Becker.

³⁶ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 370.

³⁷ STJCE de 19 de enero de 1982, asunto Ursula Becker.

comunitaria son muy diversas, tanto el Derecho originario, como el Derecho derivado, tienen primacía o preferencia de aplicación sobre el derecho interno, como resultado de la cesión de soberanía realizada. Ese Derecho además, en muchos casos, tiene eficacia directa y crea derechos y obligaciones para los ciudadanos de los Estados miembros y, claro está, la correlativa obligación de los tribunales estatales de aplicar esas normas³⁸.

Por otra parte, puede afirmarse que, desde una perspectiva estructural o institucional, el sistema de integración comunitario requiere, verticalmente, el ser complementado por los Estados miembros, «*asociados al proceso normativo comunitario a través de la intervención de las autoridades públicas nacionales en ejecución de las normas emanadas de las instituciones comunitarias, eliminando el Derecho nacional incompatible con ellas e integrando aquellas normas comunitarias carentes de naturaleza self-executing*»³⁹. En este contexto, se hace patente una permanente interacción jurídica de los Derechos de los Estados miembros con el Comunitario, los sistemas jurídicos nacionales, no sólo no son ajenos a las reglas de funcionamiento de las instituciones comunitarias, sino que «*participan como fuente de inspiración de la que surgen principios europeos, en unos casos positivizados, en otros casos consagrados vía pretoriana*» por el TJCE⁴⁰.

Otra cuestión que ha de tenerse en cuenta es que no sólo las normas infraconstitucionales de los Estados miembros resultan afectadas y, en su caso, desplazadas por las normas de Derecho Comunitario. Si bien, el paulatino y cada vez más intenso proceso de integración europea, ha ido produciendo una modificación sustancial del régimen establecido por las constituciones de los estados miembros, teniendo lugar una «*verdadera suplantación de la reserva constitucional a la Ley interna de determinadas materias*»⁴¹ que son ocupadas por normas del Derecho de la Unión Europea, sustituyendo la función normativa del Derecho interno.

³⁸ CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 127.

³⁹ ALONSO GARCÍA, R., *Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ob. cit., p. 16.

⁴⁰ ALONSO GARCÍA, R., *Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ob. cit., p. 17.

⁴¹ PAREJO ALFONSO, L., *Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea*, en AA.VV.: Libro homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba Martínez, volumen I, p. 884.

Ya se ha tratado como los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario suponen el desplazamiento del derecho interno, pero debe destacarse igualmente que la aplicación de estos principios producen una consecuencia muy relevante en la práctica: «*la alteración de la posición y la función constitucionales del Juez, que lo es, además y de modo indirecto, del Derecho comunitario europeo*»⁴². De manera reiterada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴³ ha venido estableciendo que las normas de Derecho interno contrarias al derecho comunitario han de ser inaplicadas, lo que supone una modificación de los criterios formales, pero sobre todo materiales de la validez normativa. En la STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, se establece que el principio de primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales de los Estados miembros hace, no solamente inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de la entrada en vigor de las normas comunitarias, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a las mismas, sino también, «*impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias*».

Así pues, y como consecuencia del principio de primacía, señala Luciano Parejo, el juicio de constitucionalidad que pueda realizarse sobre cada Tratado que pretenda firmarse y ratificarse en el proceso de integración supranacional, «*representa la única ocasión en que la Constitución del Estado miembro sirve efectivamente de criterio de decisión*»⁴⁴. Ulteriormente, cuando el Tratado ha entrado en vigor, el órgano a quien va a corresponder la competencia para efectuar el juicio de validez y por tanto de inaplicabilidad de las normas de Derecho interno corresponderá al TJCE y el papel del juez nacional se reducirá al de un mero colaborador de éste. Pero, no se verá alterada únicamente la posición del juez nacional, «*sino que de una forma parecida se ve afectado el equilibrio constitucional interno del las Administraciones territoriales*»⁴⁵.

La relación de interferencia entre el Derecho Comunitario y el español se caracteriza por el desplazamiento del Derecho interno y

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Desde la sentencia Van Gend en Loos, o también posteriormente en las sentencias Flaminio Costa o Simmenthal.

⁴⁴ PAREJO ALFONSO, L., *Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea*, ob., cit., p. 887.

⁴⁵ *Ibíd.*

la aceptación automática de el Derecho de la Unión Europea; el Derecho Comunitario pasa a ser Derecho interno y, si bien es cierto que cada nuevo Tratado con sus novedades normativas ha de ser aprobado por el Parlamento español, «*el grueso capítulo del «del derecho derivado» es algo que se nos impone automáticamente*»⁴⁶.

III. LA UNIDAD Y LA COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO

Como hemos visto, resulta patente que los ordenamientos jurídicos actuales son cada vez más complejos, a lo que contribuye muy decisivamente la paulatina y progresiva integración europea con un flujo normativo heterogéneo, constante e incesante. Ello, como también se ha señalado, afecta decididamente al sistema interno de fuentes de los Estados miembros y que determinan, sino crisis del Derecho estatal, al menos su desplazamiento en muchos casos. Esta supraestatalidad normativa y la consiguiente aparición de nuevos poderes normativos exige, como contrapartida, la aceptación por parte de los Estados miembros de unas reglas jurídicas determinadas por la organización supranacional, produciéndose un desajuste entre las fuentes del Derecho interno y del Derecho Comunitario⁴⁷. En esta coyuntura el problema de las fuentes reside más que en su sistematización en su «*resistematización en un nuevo orden que dé cuenta de las relaciones entre los nuevos tipos de normas*»⁴⁸.

La interacción entre ordenamientos y la consiguiente alteración del sistema de fuentes exige reajustes en el seno del sistema, pero de ello no se derivará necesariamente una modificación de los rasgos básicos del sistema: la coherencia y la unidad.

Si partimos de la idea de una ingente y de diversa procedencia de normas lo primero que hemos de indagar es dónde descansa la unidad de ordenamiento jurídico. ¿Qué es lo que unifica en un mismo ordenamiento a esas normas válidas, «*que pueden generarse a tenor de la*

⁴⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La interconexión de los Ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, ob. cit., 2004, p. 50.

⁴⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, ob. cit., p. 76 ss.

⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, L. y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 204.

*estructura de normas de reconocimiento y normas de producción y de cambio»?*⁴⁹ La unidad del ordenamiento viene articulada por un tipo de normas que determinan los elementos que componen el sistema jurídico, las normas que establecen la forma de producción de otras normas y que proporcionan los criterios de pertenencia al ordenamiento. Las normas que regulan la producción normativa o metanormas y las normas que regulan la conducta imponiendo prescribiendo que «*los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no*»⁵⁰.

A lo largo de la historia han ido sucediéndose diferentes explicaciones teóricas sobre la unidad del ordenamiento jurídico. Pero, sin duda las dos teorías que más influencia han tenido en el siglo XX han sido la de Kelsen y la de Hart.

Como ha señalado Norberto Bobbio, es con Kelsen cuando por primera vez la Teoría del Derecho se orienta definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, ya que en su obra busca «*el elemento característico del Derecho en el modo como las normas a las que habitualmente damos el nombre de normas jurídicas se disponen y componen como sistema*»⁵¹. Éste, el sistema jurídico será caracterizado como un sistema dinámico⁵²: las normas jurídicas son válidas si son creadas de una determinada forma establecida por la norma básica de ese orden jurídico⁵³. En la teoría de Hans Kelsen, la unidad del sistema jurídico descansa sobre la norma fundamental, «*puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas*»⁵⁴. Este

⁴⁹ CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 137.

⁵⁰ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit., p. 101.

⁵¹ BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, segunda edición, Debate, p. 345.

⁵² La distinción entre sistema estático y sistema dinámico permite a este autor distinguir el Derecho natural del Derecho positivo, porque en último término, «*en su dimensión ontológica la oposición estático/dinámico expresa por un lado una opción por un modo positivista de ver la realidad jurídica y, por ende, un rechazo al modelo iusnaturalista*». CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, ob. cit., p. 59.

⁵³ KELSEN, H., *Teoría General de Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, p. 137.

⁵⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, novena edición, trad. de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 214.

presupuesto lógico-transcendental es la fuente común de validez de todas las normas del ordenamiento jurídico. «*El fundamento de la validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de la validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con otra inferior*»⁵⁵. La validez de cada norma jurídica depende de la validez de las normas jurídicas inmediatamente superiores hasta llegar así a la norma suprema, a la norma fundamental, pues no podemos proseguir hasta el infinito. La norma fundamental no es válida sino que se presupone válida. Las normas del sistema jurídico son normas impuestas, positivas, «*tienen que ser producidas mediante un acto de imposición*»⁵⁶. Pero, la norma suprema ha de ser presupuesta, «*dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior*»⁵⁷. A través de la norma fundamental, Kelsen resuelve la cuestión de qué es lo que permite convertir en sistema una multitud de normas, ya que «*todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo*»⁵⁸.

A diferencia de Kelsen, la unidad del ordenamiento en la Teoría de Hart no descansa en la idea de una norma hipotética fundamental, sino en una norma de derecho positivo que ofrece al operador jurídico los criterios últimos de validez y certeza jurídica: la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento «*especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo*»⁵⁹. Hart reconoce que cuanto más desarrollado es un sistema jurídico, más complejas son las reglas de reconocimiento⁶⁰, identificando las reglas primarias, no exclusivamente por su referencia a una lista o a un texto, sino a través de una característica o un rasgo general que éstas posean. La regla de reconocimiento introduce la idea de un sistema jurídico, «*porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una ma-*

⁵⁵ Ibídem, p. 201.

⁵⁶ LÓPEZ RUIZ, F., *Fuentes del Derecho y ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 61.

⁵⁷ Ibídem, p. 202.

⁵⁸ KELSEN, H., *Teoría General de Derecho y del Estado*, ob. cit., p. 114.

⁵⁹ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit., p. 117.

⁶⁰ Ibídem, p. 126.

*nera simple (a través de la marca de autoridad que proporciona la regla de reconocimiento), están unificadas.»*⁶¹. La combinación de una estructura basada en normas primarias y secundarias con sus reglas de cambio⁶² y adjudicación y una regla de reconocimiento en la cúspide daría unidad a ese sistema. Entre las reglas de cambio y de reconocimiento existe una estrecha conexión *«porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporaran una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas»*⁶³. Las reglas de adjudicación permiten determinar a las personas que pueden juzgar, así como los procedimientos a seguir, si en una ocasión determinada se ha transgredido una regla primaria. Al igual que otras reglas secundarias, las de adjudicación están íntimamente relacionadas entre ellas, pues *«un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento»*⁶⁴, aunque ésta fuera de tipo elemental e imperfecto.

A través de la regla de reconocimiento se introduce también la idea de validez jurídica, pues afirmar que una determinada regla es válida implica reconocer que *«satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema»*⁶⁵. Cuando los sistemas jurídicos son muy complejos, introduciendo una pluralidad de fuentes de Derecho, la regla de reconocimiento se vuelve igualmente más compleja: los criterios de identificación son múltiples y *«en la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando esos criterios en orden de subordinación y primacía relativas»*⁶⁶.

En el sistema jurídico español, la unidad del sistema vendría dada por la Constitución. La Constitución contiene el criterio formal de pertenencia, ya que concreta las formas de producción normativa y los órganos con potestad normativa; pero, señala Rafael de Asís, al lado del criterio formal aparece un criterio material de unidad: *«los*

⁶¹ Ibídem, p. 118.

⁶² Aquella que faculta a una persona o a un grupo de personas a introducir nuevas reglas primarias y a dejar sin efecto las reglas anteriores. Es decir, son aquellas que establecen quien y como se han de crear nuevas normas primarias.

⁶³ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit., p. 119.

⁶⁴ Ibídem, p. 120.

⁶⁵ Ibídem, p. 129.

⁶⁶ Ibídem, p. 126.

valores superiores del artículo 1.1»⁶⁷. Como ha señalado Peces-Barba, «la unidad del ordenamiento no se produce sólo con la perspectiva formal, a través de la construcción jerárquica de las normas, en una ordenación de normas que crean poderes y de poderes que crean normas, sino también con la perspectiva material de unas normas conformes con los valores superiores»⁶⁸.

⁶⁷ DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, ob. cit., p. 26.

⁶⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 94.

El Derecho originario comunitario no contiene una norma semejante a la que en el Ordenamiento español recoge los valores superiores. Como es sobradamente conocido, el sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha estado basado tradicionalmente en el activismo judicial, se trata de un modelo pretoriano de protección. No obstante, desde el Tratado de Amsterdam se producen avances, al menos desde una perspectiva política en esta materia. El Tratado de la Unión Europea, modificado por el de Amsterdam, declara expresamente que los derechos humanos se encuentran entre los principios comunes a todos los Estados miembros de la Unión, en los que ésta se basa. Se afirma igualmente que la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho, principios que son comunes a los estados miembros (artículo 6.1). Además el artículo 49 de dicho Tratado convierte dichos principios en requisito de ineludible cumplimiento para cualquier Estado que quiera ingresar en la Unión y, el artículo 7 (modificado en Niza) añade «un tímido procedimiento de control al prever que la violación «grave y persistente» de estos principios por un Estado miembro puede conllevar la suspensión de algunos derechos de índole constitucional o autonómica» (AMENZÚA AMENZÚA, L. C., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XVI, julio de 2004, p. 11).

Por su parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea. Su objetivo se explica en el preámbulo: «Por ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos». La Carta recoge y se fundamenta en los valores comunes que constituyen el patrimonio moral y espiritual de la Unión Europea, «Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho». Estos valores comunes beben de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, en la jurisprudencia del los TEDH y TJCE, así como en otros muchos instrumentos jurídicos internacionales como son la Declaración Universal de derechos, el CEDH, el Convenio Europeo de Derechos Sociales, la Carta Social Europea o los Tratados constitutivos de la UE, así como las directivas relevantes en materia de derechos humanos. Resulta «expresiva de la voluntad de la Unión Europea de recoger de una manera clara y visible (...) los derechos fundamentales en vigor, los valores y principios comunes de la Unión fundada en la

La aceptación de la Constitución de 1978 como norma suprema sería, así, el eje central de la regla de reconocimiento del sistema jurídico español. «*La regla de reconocimiento remite, pues, directamente a la constitución e indirectamente a las normas dictadas o recibidas de acuerdo con ella*»⁶⁹. Desde este punto de vista la interacción del Derecho comunitario en el sistema de fuentes español, no afectaría a su unidad. En la medida en que la Constitución, en cuanto regla de reconocimiento, proporcionaría tanto los criterios de identificación de normas como «la guía de conducta y un criterio de valoración para los particulares y para los órganos de producción y de aplicación del Derecho»⁷⁰.

El otro requisito o nota ideal que caracteriza los sistemas jurídicos y que nos interesa evaluar en relación con la recepción del Derecho comunitario en los ordenamientos nacionales y su incidencia en el sistema de fuentes es el de su coherencia. Desde este punto de vista, el sistema jurídico se concibe como un conjunto ordenado y sistematizado de normas que cuenta con una coherencia interna de los elementos que lo componen. Esta concepción ideal de sistema jurídico parte de «*la aceptación del postulado de la racionalidad del legislador*»⁷¹. Desde estas premisas teóricas, se presume la inexistencia dentro del sistema de normas incompatibles o contradictorias o, en su caso, la existencia de unos criterios que permitan solucionar la posible presencia de normas incompatibles, pues la propia noción de sistema no tolera la coexistencia de normas incompatibles entre sí, el Derecho no tolera antinomias⁷². Esto es, la coherencia es un requisito esencial del Derecho, «*hasta el punto de que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador*»⁷³.

Unidad y coherencia son dos rasgos que no se identifican, pero se encuentran estrechamente relacionados. Para la solución del caso,

dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad y el los principios de la paz, la democracia y el Estado de Derecho» (RODRÍGUEZ BEREIJO, A., La Carta de los Derechos Fundamentales de la unión Europea y la protección de los derechos humanos, en FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.), Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional, Dykinson, Madrid, 2004, p. 22).

⁶⁹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 154.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 182.

⁷² BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, ob. cit., p. 195 ss.

⁷³ DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, ob. cit., p. 28.

no es tan relevante que las normas del sistema jurídico sean coherentes entre sí, de hecho no lo son con relativa frecuencia, sino que mediante ciertas operaciones pueda reconstruirse la unidad. El postulado de la unidad no exige ni presupone que todas las normas sean coherentes entre sí, sino que sea «*posible hacer hablar al Derecho con una sola voz*»⁷⁴.

Los ordenamientos jurídicos proporcionan los criterios para resolver las incoherencias y contradicciones normativas que puedan producirse en sus seno. De entre estos criterios de resolución de antinomias (jerarquía, cronológico, de especialidad...), en los sistemas jurídicos complejos adquiere una cada vez mayor importancia el criterio de competencia, ya que existe una gran variedad de sujetos normativos que concurren en la tarea de creación del Derecho y «*el criterio de competencia traduce el pluralismo de centros de poder*»⁷⁵. El criterio de competencia tiene en cuenta la distribución de materias entre las distintas fuentes en un ordenamiento jurídico. Las normas jurídicas que distribuyen los ámbitos materiales sobre los que pueden ejercerse las competencias normativas, realizan una distribución horizontal. Son normas que también condicionan la validez de los actos normativos y, lógicamente, la de las disposiciones o normas creadas por estos⁷⁶.

El principio de competencia es una regla de gran utilidad, que opera mediante la separación de los ámbitos materiales en los que deban de producirse de manera válida normas jurídicas. El principio de competencia implica una relación normativa indirecta que conlleva un deber de respeto de los ámbitos de vigencia o de un ordenamiento hacia los de otras normas, «*deber que se fundamenta en la obediencia a una tercera norma (habitualmente de la Constitución)*»⁷⁷.

Uno de los rasgos más relevantes del principio de competencia es que, lo verdaderamente relevante, no es la forma que una norma reviste, sino su contenido. La invalidez de la norma competente no se producirá por la diferente posición jerárquica de las normas in-

⁷⁴ AGILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho*, ob. cit., p. 153.

⁷⁵ PRIETO SANCHÍS, L. y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 275.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ LÓPEZ RUIZ, F., *Fuentes del Derecho y ordenamientos jurídicos*, ob. cit., p. 182.

compatibles, sino por el incumplimiento de la norma que haya realizado la distribución de competencias.

Por otra parte, cuando se produce una antinomia como consecuencia de la invasión competencial de una norma por la otra, la invalidez de la norma competente no tiene porque suponer la nulidad de la incompetente, «*pues con frecuencia el resultado es, simplemente, la inaplicación de la norma*»⁷⁸ incompetente.

Junto con el principio de competencia, las relaciones entre el Derecho comunitario y el español se rigen por el principio de prevalencia. Es un principio cuyo objetivo es resolver los problemas derivados de la posible colisión entre normas que provengan de ordenamientos distintos. En virtud de este principio el Derecho interno del Estado español no es derogado por la norma de Derecho comunitario con la que entre en colisión, sino que simplemente es desplazado y procede su inaplicación.

Es decir, el principio de primacía del Derecho comunitario no implica la aplicación del principio de jerarquía y, por tanto, no tiene como consecuencia la derogación de la norma del derecho interno. Así lo ha establecido el TJCE en su sentencia de 22 de octubre de 1998, asunto IN. CO. GE. 90. Para el TJCE

«de la sentencia Simmenthal (...) no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta. Ante semejante situación, el Juez nacional está obligado, en cambio, a descartar la aplicación de esa norma, en la inteligencia de que esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario».

Para finalizar, debe señalarse que la elección de la norma aplicable de acuerdo con los criterios de coherencia corresponde al juez ordinario. Incluso en los casos en los que la norma incompatible con el Derecho comunitario sea una norma de rango legal. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español en su sentencia 28/1991, de 14 de febrero. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra los arts. 211, apartado 2 d), y 214 que la Ley Orgánica

⁷⁸ Ibídem, p. 184.

1/1987, de 2 de abril, introdujo en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo. El recurso se fundamenta la inconstitucionalidad de esta norma en la contradicción con el art. 5 del Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo, adoptada por el Consejo Europeo el 20 septiembre 1976 (Decisión 76/19787/CECA, CEE, Euratom). Tal contradicción determinaría, en opinión del Parlamento vasco, la vulneración de los arts. 93, 96.1 y 9.1 CE, y también de su art. 14. La oposición a la Constitución de la norma impugnada descansa exclusivamente en la pretendida conculcación de la norma comunitaria, que de este modo se convertiría, según el razonamiento de la parte recurrente, en medida de enjuiciamiento constitucional de la validez de la norma impugnada.

El Tribunal Constitucional rechaza que los artículo 93 y 96 CE puedan «*servir para convertir a los Tratados comunitarios o al Derecho derivado en canon de constitucionalidad*»⁷⁹:

«a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual —por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (S 15 julio 1964 Costa/ENEL).

Ahora bien, la vinculación señalada no significa que a través del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE. Este precepto constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación, dado que la aceptación de la misma —instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato— expresa la soberanía estatal. Ello no permite olvidar, sin embargo, que el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 CE en un juicio de constitucionalidad, por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos».

Tampoco el artículo 96 CE se puede utilizar de canon de constitucionalidad de las normas con rango de Ley que contravengan el

⁷⁹ ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 33.

Derecho comunitario. A este respecto el Tribunal Constitucional señala que

«Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, f. j. 14.º “*in fine*”)

Por lo tanto, la incompatibilidad de una norma con rango de Ley, posterior a nuestra entrada en las Comunidades Europeas, no supone un juicio de validez desde la norma constitucional, sino simplemente un «*puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto*» cuya resolución corresponde a los órganos judiciales. Ya que se trata de un conflicto de normas infraconstitucionales⁸⁰, ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Es decir, la resolución de la incompatibilidad del Derecho interno con el comunitario corresponderá al juez ordinario, quien ostenta la competencia para declarar su invalidez y consiguientemente su inaplicabilidad. Este «*control difuso de la conformidad de la Ley con el Derecho Comunitario por el juez del litigio concreto es una competencia reconocida por el Derecho Comunitario y exigida para garantizar el pleno efecto de la norma comunitaria*»⁸¹.

⁸⁰ La consideración del Derecho comunitario como infraconstitucional, puede provocar, para Ricardo Alonso, «*graves distorsiones a la hora de abordar el control judicial del Derecho Comunitario derivado, induciendo a situar el control en un marco, el constitucional interno, que no le corresponde, en detrimento de su parámetro natural de validez, que es el constitucional estrictamente comunitario, esto es, el Derecho originario*» (en *el Juez español y el Derecho Comunitario*, ob. cit., pp. 39 ss.).

⁸¹ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 518. Estos autores, no obstante, son muy críticos con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia considerando que la misma provoca una «*fractura constitucional*» «*en la indefensión de los ciudadanos, en la seguridad jurídica y en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*» (p. 526).

**3. Interculturalidad y fuentes
del Derecho: concepciones
de las fuentes del Derecho
en las diferentes civilizaciones
jurídicas**

LAS FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO¹

MARIO G. LOSANO
*Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad del Piemonte*

SUMARIO:—1. Islam y cristianismo en relación con el Estado moderno.—2. Principios generales del derecho islámico clásico.—3. Derecho sagrado y derecho laico.—4. Las fuentes del derecho islámico.—5. Las cuatro escuelas sunitas.—6. Rigidez y flexibilidad en el derecho islámico.—7. El futuro del derecho islámico como regreso al pasado: ¿y los derechos humanos?

1. ISLAM Y CRISTIANISMO EN RELACIÓN CON EL ESTADO MODERNO

Para afrontar de manera sintética el problema de las fuentes del derecho islámico clásico, vuelvo a un tema que ya abordé con motivo de un congreso de 2006 sobre el problema de la guerra y de la paz en Norberto Bobbio. En aquel entonces, partía de la constatación de que nos estamos moviendo

«en una perspectiva profundamente alterada por el terrorismo: este último, en efecto, no ha sustituido al riesgo atómico, pero se le aproxima. Sin embargo, percibimos más el terrorismo porque es un riesgo más difuso e individual, no vinculado a las guerras clásicas, declaradas y delimitadas. En efecto, la guerra (también la atómica) está ligada a la noción de Estado; con el terrorismo, el Estado se convierte en un interlocutor impotente frente a otro interlocutor indefinible». Y es que, en efecto, «las guerras y los conflictos internacionales ya no tienen como únicos protagonistas a los Estados. Este gran cambio está relacionado con la evolución histórica de los últimos decenios».

Finalmente, concentrándome en las identidades religiosas, concluía así: «en el ámbito de estas últimas es inevitable detenerse en la relación conflictiva de

¹ Traducción de Luis Lloredo Alix. Universidad Carlos III de Madrid.

Occidente con el Islam, pese a que las identidades religiosas son mucho más numerosas. Sin embargo, hasta ahora no hemos tenido problemas graves con los zoroástricos, mientras que sí los estamos teniendo con el Islam»².

La tensión con el mundo islámico con la que hoy debemos lidiar está asociada a la distinta génesis de las relaciones entre Estado e Iglesia en ambas religiones, el cristianismo y el Islam (por lo que se refiere al Islam, Iglesia *lato sensu*, puesto que no conoce una jerarquía eclesiástica rígida).

El cristianismo de los orígenes se topó con el Imperio romano: un Estado ya formado, fuerte y con un derecho propio bien estructurado. El cristianismo tuvo que enfrentarse con este Estado, luchando con él hasta ser aceptado. Para lograr este objetivo, esencial para su propia supervivencia y expansión, tuvo que adecuarse en cierta medida a las estructuras organizativas del adversario. Como consecuencia, terminó recibiendo las formas del Imperio romano: piénsese en el derecho canónico, que ha conocido un desarrollo paralelo al *corpus justinianeo*, hasta el punto de que durante la Edad Media se era doctor en ambos derechos. Dado que la estructura organizativa del Imperio romano influyó en la estructura organizativa de las Iglesias cristianas, ha sido posible un diálogo más o menos paritario entre las dos. En conclusión, en la historia del cristianismo apareció primero el Estado, en cuyo interior la religión tuvo que buscar su espacio.

En cambio, en el Islam ha sucedido lo contrario: primero nació la religión y después, a lo largo del proceso de expansión religiosa y militar del Islam, se constituyó un Estado que tuvo que adaptarse a las formas religiosas para poder desarrollarse y afirmarse. Por lo tanto, la historia del Islam y de su Estado es una historia de larga duración simétrica a la del cristianismo: mientras el Imperio romano era fuerte y el cristianismo de los orígenes era débil, en el mundo islámico la religión del Corán era fuerte y el embrionario Estado de los fieles era débil. El nacimiento del Estado islámico puede verse como el subproducto de una conquista territorial-religiosa, en cuya órbita el Estado islámico nació subordinado a la religión. En conclu-

² LOSANO, Mario G., «Cristianesimo e Islam, Stato e diritto. Apertura della Tavola Rotonda: Le identità culturali e religiose», en FERRARI, Vincenzo (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Atti del XXV Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Milano-Courmayeur, 21-23 settembre 2006), Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 203-206.

sión, en la historia del Islam apareció primero la religión, en cuyo interior el Estado tuvo que buscar su espacio³.

Esta inversión de la perspectiva comporta algunas consecuencias que me limitaré a ilustrar con dos ejemplos especialmente reveladores.

El primer ejemplo se refiere al Estado otomano y al movimiento panislámico. Este último estaba dirigido a consolidar el Estado otomano, reforzando sus bases religiosas y ganando el apoyo de la comunidad islámica de las posesiones coloniales, que las potencias europeas habían ido sustrayendo poco a poco al Imperio otomano. Este movimiento conoció su máximo apogeo durante la última parte del sultanato de Abdülhamit, que entró en la Primera Guerra Mundial proclamándola como «Guerra Santa», para así conseguir el apoyo de las poblaciones árabes del imperio. Es decir, que el Estado justificaba una decisión mediante la religión.

El segundo ejemplo tiene que ver con el hecho de que, al no haber nacido en concomitancia con el Estado, el derecho islámico es un derecho religioso y no estatal. El estar sujeto al derecho islámico no depende de la pertenencia a un Estado, porque se trata de un derecho personal, tal y como demuestra el caso del anglo-indio Salman Rushdie, condenado a muerte con una *fatwa* de los iraníes. Un ciudadano inglés de origen indio, residente en Gran Bretaña, es condenado a muerte por un religioso iraní, por haber publicado una obra que se considera blasfema. Esta condena resulta anómala para quien parte de una concepción occidental del derecho, mientras que es perfectamente compatible en un sistema jurídico como el islámico, en el que cada uno lleva el derecho sobre sus propios hombros, independientemente del Estado del que sea ciudadano o residente, huésped o transeúnte. También en este segundo ejemplo, la religión prevalece sobre la ciudadanía, es decir, sobre el Estado.

De la naturaleza personal del derecho islámico se derivan dos peculiaridades. La primera es que el Islam convive con otras religiones y, por lo tanto, con otros derechos: el Imperio otomano, hasta el umbral del siglo XX, se desinteresaba del derecho matrimonial y lo

³ También la religión judía precedió al Estado judío, pero no es posible ilustrar aquí los paralelismos y las diferencias con el Islam: en ambos casos, en los que la religión ha precedido al Estado, este último ha asumido formas teocráticas.

remitía a las autoridades religiosas de la comunidad de pertenencia del súbdito otomano, tanto si éste era musulmán como ortodoxo, cristiano como judío. La segunda peculiaridad es que, una vez dentro del Islam, ya no se puede salir: la apostasía, o sea la renuncia al Islam, conlleva la condena a muerte del apóstata. Así pues, el Islam es una religión muy clara pero también rígida, como todas las cosas muy claras: o fuera o dentro.

Ante estos itinerarios histórico-culturales tan diversos, es lícito dudar sobre la posibilidad de conciliar los dos mundos que han nacido de ambos. En realidad, la relación entre Occidente e Islam siempre ha sido de conflicto, por mucho que en los intersticios entre uno y otro conflicto se haya encontrado el modo de comerciar de forma provechosa. Con todo, en mi opinión, ciertas visiones de un Islam tolerante y abierto a Occidente son más la expresión de un deseo occidental que una realidad histórica. En este sentido, es típica la bella exposición sobre *Venise et l'Orient*, organizada a finales de 2006 en París por el «Institut du Monde Arabe». Alberto Mattioli ha escrito al respecto que «se trata de una caja de alhajas llena de delicias y finezas y erudiciones varias, pero también una perversa aplicación práctica de aquel espíritu que Jean Sévillia bautizó como *historiquement correct* en un libro de 2003, y que en Francia dio mucho de qué hablar. En la práctica, se trata de la reescritura del pasado según los criterios de corrección política e ideológica del presente, con el resultado de que la historia se juzga en lugar de comprenderla»⁴. Esta reescritura criticada consistía precisamente en insistir sólo en la convivencia, y no también en el conflicto, que sin embargo ha marcado la relación entre Venecia y Oriente.

El enfrentamiento que hoy vivimos se debe al hecho de que el Islam —este mundo de la religión incompatible con los principios fundamentales de Occidente— se encuentra con grandes dificultades para adaptarse al mundo tecnológico moderno nacido de la ciencia occidental. No importa que la ciencia occidental hunda sus raíces también en los siglos dorados de la cultura árabe⁵. Hoy los Estados islámicos se sienten humillados por no haber alcanzado un nivel de

⁴ MATTIOLI, Alberto, «Venezia e l'Orient, le relazioni pericolose», *La Stampa*, 30 de octubre de 2006.

⁵ Un aspecto insólito pero iluminador de esta cultura se puede encontrar en LOSANO, Mario G., *Automi d'Oriente. «Ingegnosi meccanismi» arabi del XIII secolo*, Medusa, Milano, 2003, que incluye también mi precedente *Automi arabi del XIII*

bienestar y de potencia comparable al de Occidente. Las corrientes moderadas intentan adaptar el Islam al mundo moderno, pero las más tradicionalistas lo contraponen al materialismo occidental a modo de quien reivindica una espiritualidad superior: una reconquista espiritual del Islam sobre la supremacía material de Occidente.

Sin embargo, este resentimiento —presente en grados diversos en las distintas corrientes del Islam— vive una contradicción insubsanable: el Islam quiere obtener los resultados económico-políticos de Occidente, pero al mismo tiempo rechaza con violencia los presupuestos ideológicos, políticos y económicos sobre los cuales se elevan esos resultados.

Ahora debemos descender de este contexto general al contexto específico del Derecho islámico y, en particular, a sus fuentes clásicas. Las consideraciones que siguen son muy generales (quizá incluso demasiado) y valen para el derecho islámico de la época clásica, más o menos hasta 1600. En los siglos sucesivos, con la progresiva disgregación del Imperio otomano, la expansión colonial de las potencias europeas y el subsiguiente movimiento de descolonización, al derecho islámico se le añadió —a veces superponiéndose y otras veces sustituyéndolo— el Derecho occidental en sus diversas formas. Es el mundo de los *legal transplants*, los injertos jurídicos y el pluralismo jurídico, que ya constituye un interesante sector de los estudios jurídicos⁶.

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ISLÁMICO CLÁSICO

Junto al *Common Law* y al Derecho codificado, el Derecho islámico constituye el tercer gran sistema jurídico mundial⁷. Como tengo

secolo. Dal «Libro sulla conoscenza degli ingegnosi meccanismi», Luigi Maestri Editore, Milano, 1982.

⁶ Cfr. WATSON, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974; esta obra, reimpressa varias veces, une el derecho comparado y la historia del Derecho en el análisis de institutos jurídicos específicos, tanto europeos continentales como ingleses y americanos. Hay una vasta bibliografía en las pp. 480-558. Cfr. además numerosos ensayos específicos sobre «legal transplants» en *Toward Comparative Law in the 21st Century*, Chuo University Press, Tokyo, 1998.

⁷ Un texto clásico es SCHACHT, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, London, 1966. La obra clásica de consulta es la *Enciclopédie de l'Islam*

que trazar una síntesis casi temeraria, recurro a páginas de un texto mío⁸ (ya de por sí sintético) y, allí donde me vea obligado a omitir cosas, reenviaré a él para eventuales precisiones (que no me atrevería a llamar profundizaciones).

La importancia teórica del estudio del Derecho islámico clásico no reside sólo en su difusión, que es comparable a los otros dos grandes sistemas, sino también en su diversidad respecto a éstos. Por tanto, para afrontar el Derecho islámico es más necesario que nunca estar dispuesto a separarse de las concepciones jurídicas propias de nuestro Derecho. Además, especialmente después del reverdecimiento islámico de los últimos decenios (un fenómeno que los islamólogos denominan «revivalismo») es más necesario que nunca distinguir el derecho islámico del uso político que muchos regímenes hacen de él.

El Derecho islámico actual es el resultado de superponer una doctrina religiosa relativamente avanzada sobre las costumbres de una sociedad tribal relativamente primitiva (la del *Hijaz*). Esta superposición de ordenamientos diferentes no implicó sustitución, sino compenetración. De hecho, los principios revelados por el arcángel Gabriel a Mahoma (ca. 570 - 632) son homogéneos para este particular tipo de sociedad. Ahora bien, al mismo tiempo, estos preceptos fueron codificados en un texto sagrado, el Corán, que refleja directamente la voluntad divina y que, por lo tanto, no puede ser innovado por el hombre. Éste es el texto fundamental del derecho islámico, que sólo en el siglo XIX será acompañado, pero no siempre reemplazado, por codificaciones de origen europeo, tanto si fueron introducidas por decisión autónoma, como si —más a menudo— lo fueron por decisión de una potencia europea colonizadora.

Al estar ligado a un texto escrito en árabe, el Derecho islámico está marcado por el espíritu de la lengua y la cultura árabes. Y una lengua que sólo reproduce por escrito las consonantes abre la puerta a complejas disputas filológicas. Además, la mentalidad árabe, que es más

(también en edición inglesa: *The Encyclopaedia of Islam*); la nueva edición comprende desde el vol. 1 (1960) hasta el vol. 13 (2009).

⁸ LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, 3.^a ed. ampliata, Laterza, Roma-Bari, 2000. Existe trad. española de la primera edición italiana, pero está reducida respecto a la tercera: *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*, versión castellana de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1981.

algebraica que geométrica, tiende a agregar las nociones, pero no a sistematizarlas: por ello, los pocos principios jurídicos fijados por el Corán para la eternidad constituyen la base de una casuística prácticamente inextricable para quien la afronta con una mentalidad euclidiana o cartesiana.

Estas dificultades son típicas de la comparación entre grandes sistemas jurídicos y, por ende, se vuelven a plantear constantemente en las transferencias de un sistema jurídico a otro: el jurista europeo continental está desorientado en el *Common Law* por el exceso de casos particulares y por la falta de principios generales. De forma análoga, en el derecho islámico el jurista occidental se pierde en las infinitas especificaciones que, desde los principios coránicos, se ramifican en las aplicaciones concretas. Obviamente, también vale a la inversa. El jurista de *Common Law* se pierde en la abstracción de las construcciones europeas continentales, mientras que para los árabes «el Derecho musulmán ofreció, por primera vez en la historia de la civilización, el aspecto de un sistema filosófico desarrollado a partir de principios fundamentales, cuando el derecho romano no era más que una compilación empírica de recetas legales»⁹. En realidad, todo jurista educado para pensar de acuerdo con un cierto Derecho encuentra dificultades enormes al pasar a un sistema jurídico distinto.

Al estar vinculado a un texto sagrado, el Derecho islámico se encuentra subordinado al ritual religioso; por lo tanto, la ciencia jurídica está vinculada con la teología, pese a que estas disciplinas, en la cultura islámica, tienen una extensión y una relación recíproca distintas a las occidentales. Las categorías jurídicas y rituales son más matizadas que las europeas: mientras que en nuestro derecho rige la lógica binaria de lo lícito y lo ilícito, en el islámico el acto jurídico puede ser obligatorio, recomendado, permitido, reprobado y prohibido. Tanto en el ritual como en el derecho, no hay correspondencia entre lo obligatorio y lo válido, ni entre lo prohibido y lo nulo. Además, tampoco estas categorías libres se refieren solamente al derecho: también un rezo puede ser nulo.

Nacido como predicación dirigida al comerciante ciudadano (y después al beduino guerrero) por parte de un profeta que vivió de-

⁹ GRUNEBaum, Gustav Edmund von (ed.), *Theology and Law in Islam. Second Giorgio Levi della Vida Biennial Conference*, Otto Harrasowitz, Wiesbaden, 1969, p. 105.

masiado poco; difundido rápidamente por un territorio que iba desde Indonesia hasta España y desde los Balcanes hasta Nigeria del Norte, el derecho islámico lleva ínsita una fractura insubsanable: su adecuación a tiempos y sociedades nuevas es incompatible con su intangibilidad, que se deriva del hecho de haber sido revelado directamente por la divinidad. La palabra humana, en efecto, no puede reemplazar a la divina. Pese a todo, pudo sobrevivir y extenderse desde la India hasta España, gracias a la capacidad de convivir con otros Derechos y gracias a la naturaleza de sus fuentes, que en gran medida consiguieron integrar las disposiciones coránicas, aunque sin innovarlas formalmente.

La amalgama de preceptos religiosos y jurídicos, propia del Derecho islámico, crea graves problemas terminológicos cuando se quiere traducir en una lengua occidental un término del mundo islámico. Por lo tanto, conviene delimitar la materia jurídica con una serie de anillos concéntricos, en cuya zona central se encuentran los temas más cercanos a nuestro modo de concebir el derecho.

El complejo de normas religiosas, jurídicas y sociales directamente fundadas en la doctrina coránica recibe el nombre de «sharía». En ésta conviven reglas teológicas, morales, rituales y esas que nosotros llamaríamos normas de derecho privado, junto a normas fiscales, penales, procesales y de derecho bélico.

«La disciplina académica con la que los estudiosos describen y exploran la *sharía* se denomina *fikh*. El término designa una actividad humana y, por lo tanto, no puede atribuirse a Dios ni generalmente al Profeta». Así pues, se trataría de una contraposición similar a la que existe entre «Derecho» y «Ciencia del Derecho» (o «jurisprudencia»). Sin embargo, la *Encyclopaedia of Islam* advierte enseguida que, como la revelación divina se hace accesible mediante la actividad de los estudiosos, «desde el momento en que éste [el *fikh*] es en la práctica el único acceso al derecho, los dos términos se usan a veces como sinónimos, por mucho que *sharía* conserve una connotación de divino y *fikh* de humano»¹⁰.

En esta primera aproximación al Derecho islámico puede ser suficiente con haber recordado esta distinción, aunque después use-

¹⁰ *The Encyclopaedia of Islam*, Brill, Leiden, 1997, vid. *Sharia* (2.^a edición).

mos el término «sharía» para indicar tanto el derecho divino como la ciencia que estudia este Derecho divino.

3. DERECHO SAGRADO Y DERECHO LAICO

Las fuentes del Derecho islámico coinciden con las fuentes de la teología islámica, de modo que sería más exacto designarlas como fuentes teológico-jurídicas. El jurista en sentido occidental tampoco existe para el Derecho islámico, que identifica al teólogo-jurista experto en *fikh* en la figura del *alim* (cuyo plural es *ulama*) Por supuesto que en los Estados islámicos actuales hay facultades de Derecho similares a las occidentales. Pero el Derecho islámico clásico, nacido en el contexto de una religión sin jerarquías eclesiásticas, fue siempre una actividad individual e informal. Sólo en el Egipto de 1896 se instituyó un currículo de estudios que llevaba a la consecución del título de *alim*.

Hoy en día, la gran difusión de los estudios islámicos ha conducido a algunas precisiones terminológicas. Ante todo, al igual que existían los niponistas o los germanistas, existían también los islamistas, es decir, los estudiosos del Islam. Pero el término «islamista», a raíz del uso habitual de los medios de comunicación, pasó a designar a los fundamentalistas islámicos, los terroristas, los «enemies combatants»: de ahí que hoy llamemos «islamólogo» a quien estudia el Islam *sine ira et studio*, lo más weberianamente posible. Pues bien, estos islamólogos han introducido un nuevo término para denominar a quienes se ocupan del Derecho islámico en el Islam: sugieren el término «jurisperito» en lugar del de «jurista». El jurista occidental es un especialista del Derecho a secas, emanado por un Estado que la mayoría de las veces es laico, y que en todo caso se caracteriza por una separación entre Estado e Iglesia; el Derecho islámico, en cambio, viene a ser una amalgama de preceptos morales y jurídicos, de modo que quien se ocupa de él debe ser a la vez teólogo y jurista. Así pues, es aconsejable designarlo con un término distinto al que solemos usar para referirnos al jurista iuspositivista de Occidente: de aquí se deriva el uso, cada vez más frecuente, del término jurisperito para señalar al experto en Derecho y teología islámicos. Para los Estados islámicos modernos, repito, la situación es distinta, porque junto al Derecho islámico se ha colocado un Derecho estudiado, interpretado y aplicado según los cánones propios de los juristas occidentales.

En conclusión, el jurista David Santillana debe recurrir con frecuencia a la teología, al tratar del derecho islámico¹¹, mientras que el teólogo Hans Küng debe recurrir con frecuencia al Derecho, al tratar de la religión islámica¹².

4. LAS FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO

Las fuentes teológico-jurídicas canónicas son cuatro: el Corán, la tradición sagrada (*sunna*), la opinión concorde y la interpretación analógica. A éstas se añaden algunas fuentes no canónicas que, sin embargo, se usan de facto en la vida jurídica de varios Estados islámicos.

a) *El Corán*. La palabra «Corán» deriva del verbo árabe «recitar en voz alta». Esta obra se compone de 114 suras, es decir, capítulos de longitud variable, todos ellos introducidos por la fórmula «en nombre de Dios clemente y misericordioso», que después se ha convertido en la fórmula ritual con la que se abren los escritos árabes (y por consiguiente, por ejemplo, también los contratos). El Corán explica su propio origen remitiéndose a un modelo del libro conservado en el cielo. Partes de este libro le habrían sido reveladas a Mahoma poco a poco, quien a su vez se las habría dictado a sus discípulos.

De este origen se derivan dos elementos relevantes. En primer lugar, el Corán contiene la palabra de Dios y no la de Mahoma, que sólo fue el trámite de la revelación: por así decir, el estenógrafo de Alá. Por lo tanto, el árabe es una lengua sagrada y debe ser tratado con particular respeto. Por ejemplo, el uso de escritura en árabe sobre prendas de ropa dio lugar a tales protestas, que los estilistas occidentales se vieron obligados a buscar otros motivos ornamentales para no perder la clientela islámica. Además, al ser la lengua mediante la

¹¹ SANTILLANA, David, *Istituzioni di diritto musulmano malichita. Con riguardo anche al sistema sciafita*, Anonima Romana Editrice, Roma, 1926-1938, 2 vols.

¹² Un panorama completo del Islam, tanto histórico como actual, se encuentra en KÜNG, Hans, *Der Islam. Geschichte, Gegenwart, Zukunft*, Piper, München 2006; vid. en particular «¿Una religión de la ley?», pp. 196 ss.; «El derecho clásico islámico», pp. 325 ss.; «Las cuatro grandes escuelas jurídicas», pp. 335 ss.; «Los Ulemas: las escuelas jurídicas se convierten en un movimiento popular», pp. 390 ss.

que Alá reveló sus preceptos, hubo siempre una fuerte resistencia a traducir el Corán a otras lenguas.

En segundo lugar, el Corán no es un libro orgánico. De hecho, la revelación a Mahoma no siguió el orden de la «madre del libro», es decir, el modelo celeste; además, después de la muerte del Profeta los pasajes individuales revelados se agruparon en un único volumen, el Corán, pero no sólo de acuerdo con criterios de tiempo, sino también de argumento o de rima. De esta característica también se derivan dificultades especiales para los jurisperitos al interpretar el texto sagrado, pues la interpretación sistemática es casi imposible.

Así pues, la obra que vio la luz en torno al 650 d. C. no es un libro en el sentido moderno del término. Se trata de una colección de textos heterogéneos, escritos en prosa rimada, en los que las revelaciones individuales pueden llegar a parecer contradictorias. Los comentarios intentan aclarar los puntos concretos: ya mediante el análisis del texto, ya mediante el reenvío a tradiciones orales reconducibles al mismo profeta o a sus discípulos.

Como fuente jurídica, el Corán ofrece poco material. De los 6237 versículos que lo componen, cerca del 10% se refieren a temas jurídicos en sentido amplio. Al Derecho de familia y a los temas civiles se dedican 70 versículos; 30 al derecho penal; 25 a las relaciones internacionales; 13 a los procedimientos judiciales; 10 al derecho público y otros 10 al derecho económico-fiscal¹³. Según Küng, «sólo unos 600 de los 6666 versículos del Corán se ocupan de cuestiones jurídicas»; y más aún, «sólo 80 se ocupan específicamente de la materia jurídica»¹⁴.

b) *La tradición sagrada (sunna)*. Mahoma había resuelto casos concretos o había expresado opiniones que podían contribuir a colmar de forma auténtica las lagunas del Corán. Una «tradición» (*hadith*) debe ser un relato transmitido por una cadena ininterrumpida de narradores fiables, que tenga por objeto un comportamiento de Mahoma, cuya conducta está inspirada por Dios. Como es fácil ima-

¹³ MUZZAN KHAN, Khizr, «Juristic Classification of Islamic Law», en *Houston Journal of International Law*, 1983, vol. 6, pp. 24-27; ejemplos de formulación coránica de principios jurídicos en 3:104, 17:33, 24:2.

¹⁴ KÜNG, Hans, *Der Islam. Geschichte, Gegenwart, Zukunft*, cit., p. 196. Además del ya citado Schach, se refiere a este asunto COULSON, Noel J., *A History of Islamic Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1964, p. 12.

ginar, en el mundo islámico no existe una opinión unitaria y concorde sobre qué *hadith* pueden ser considerados fiables: una colección de *hadith* del siglo IX incluye 300.000, de los cuales sólo 8000 se consideran auténticos; otra incluye 600.000, pero los que se consideran auténticos no llegan a 3000. Y todavía más: no hay consenso al indicar qué *hadith* son auténticos y cuáles no.

En el siglo IX se prepararon compilaciones de *hadith* que narraban los comportamientos, los dichos y también los silencios del Profeta, de los que podían deducirse reglas de comportamiento no expresadas en el Corán. El conjunto de todo ello constituye la tradición sagrada, o *sunna*, y es seguida por la mayoría de los musulmanes, que reciben así el nombre de «sunitas». Éstos reconocen —como la práctica totalidad de los musulmanes— los «cinco pilares de la sabiduría» (es decir, la profesión de fe en Alá, el rezo público y privado, la obligación de caridad, el ayuno anual en el Ramadán y el peregrinaje a la Meca); pero en particular, a la hora de determinar los comportamientos admitidos, indiferentes o prohibidos al fiel, incluyen entre los comportamientos debidos la obediencia a quien detenta la autoridad estatal, por decisión de la comunidad o por elección del predecesor. Ahora bien, para los sunitas la autoridad estatal no puede interpretar el Corán o la *sunna* para tomar una decisión política.

En esto, los sunitas se diferencian netamente de los chiitas (que a su vez se dividen en otras sectas) quienes, a diferencia de los demás musulmanes, ya no reconocen la sucesión de Mahoma después del cuarto califa y sostienen que la guía del Islam debe buscarse en la sucesión de los jefes espirituales (*imam*). El *imam* puede tener o no tener un poder temporal, pero en todo caso se le considera inspirado por Alá. Cuando también detenta el poder temporal, su autoridad espiritual da lugar a una gestión teocrática del poder: la secta de los chiitas está en los orígenes de la revolución jomeiniana de Irán en 1979. Los sunitas, en cambio, no aceptan esta concepción de las cosas y distinguen el poder espiritual del temporal.

Pero la diferencia entre sunitas y chiitas no reside sólo en un problema teológico. Esta distinta visión de las relaciones entre poder estatal y poder religioso ha generado y genera violentos contrastes en el interior del mundo islámico: basta pensar en los desgarramientos que hoy día se producen en Irak. La guerra iniciada en 2003 por Estados Unidos y sus aliados derrocó a Saddam Hussein, cuya dictadura laica se fundamentaba en el partido Bath, compuesto sobre todo

por sunitas, mayoritarios y dominantes en Irak desde hacía tiempo, pero expulsados de buena parte de los puestos relevantes a partir de 2003, y sustituidos por chiitas. De este cambio nacieron ulteriores desgarramientos internos entre facciones armadas.

c) *La opinión concorde de la comunidad (ijma)*. El Corán y la *sunna*, por mucho que se interpretaran mediante técnicas minuciosas, seguían dejando problemas sin resolver, y tampoco las opiniones de los *ulemas* individuales tenían la suficiente fuerza como para integrar la palabra de Dios. Sin embargo, una tradición de la *sunna* afirma que, si la comunidad de juristas-teólogos da su consenso general a una teoría, ésta no puede ser errónea. Este consenso (*ijma*) no es fácil de definir, porque puede tratarse del consenso de los *ulemas* de una época determinada, o también de un comportamiento consuetudinario popular que termina imponiendo a los *ulemas* creencias, que podrían no ser estrictamente conformes con el Corán. De hecho, la *ijma* se entiende como el consenso de los jurisperitos que gozan de mayor autoridad, siempre que su número sea razonablemente grande y que su opinión esté claramente formulada. El principio según el cual la comunidad de musulmanes, es decir, de los jurisperitos, no puede errar, tiene para el Islam una relevancia comparable al dogma de la infalibilidad en la Iglesia católica —y particularmente para los sunitas—. Para los chiitas, en cambio, la inspiración divina del *imam* sitúa en un segundo plano a la opinión concorde de los jurisperitos.

d) *La interpretación analógica (qiyas)*. Esta fuente es específicamente jurídica, en el sentido de que el uso de la analogía —instrumento indiscutido para la teología— fue objeto de graves controversias en la solución de casos judiciales, porque se consideraba impío usar la razón humana para colmar una aparente laguna divina. Un ejemplo de extensión analógica de una norma puede ser el siguiente: se reconocería a la mujer, víctima de un delito, una indemnización igual a la mitad de lo que se le daría a un hombre, porque para el hombre está prevista una herencia doble que la de la mujer.

La inclusión de la analogía entre las fuentes del derecho islámico tuvo la función de resolver de manera definitiva estas controversias, quizás ligadas al hecho de que la analogía era una aportación externa al Islam. Ésta penetró en el pensamiento islámico a través de las conquistas de países de cultura irano-helenística y floreció bajo la dinastía de los Abasidas (en el 700-800 d. C., es decir —según el ca-

lendaro islámico— en el II-III siglo de la Hégira¹⁵). Es bajo esta dinastía cuando el derecho islámico asumió su forma actual, cristalizando definitivamente. Con el traslado de la capital imperial desde Damasco a Bagdad, la transferencia cultural entre conquistadores y conquistados se realizó también con la asunción de funcionarios sirios en las provincias ex-bizantinas, o bien de persas y arameos en las provincias ex-persas, mientras que el árabe se convirtió en la lengua común para estas distintas culturas. Es en este momento cuando se englobaron elementos del pensamiento griego en el razonamiento jurídico-teológico del Islam, así como también se englobaron normas justinianas y hebraicas en su derecho. Después, con el final de la dinastía Abasida, en el 935 d. C., los regionalismos del Islam, también jurídicos, se hicieron más fuertes; pero el derecho sagrado ya se había petrificado como una lengua de lava al final de su recorrido. Éste se presenta así como un conglomerado de materiales heterogéneos, pero unidos de manera indisoluble: por ejemplo, la semejanza de ciertos institutos islámicos con institutos bizantinos análogos es tan fuerte, que no puede explicarse sólo como el producto de evoluciones socio-económicas análogas, sino más bien como préstamo de una cultura a la otra.

e) *Las fuentes no canónicas.* Las fuentes examinadas hasta aquí son las propias del derecho islámico clásico. Sin embargo, la extensión de las conquistas islámicas y el perdurar de grandes Estados islámicos hasta el siglo XIX hizo indispensable integrar de facto el sistema clásico de las fuentes con otros instrumentos vinculados a una actividad legislativa y judicial más desarrollada, o a tradiciones locales particulares. No obstante —no está de más repetirlo— estas fuentes no canónicas no forman parte de las fuentes clásicas islámicas.

Hay que distinguir entre los países islámicos que se rigen por un derecho consuetudinario no islámico (como Indonesia) y los países de derecho islámico en los que la costumbre (*urf*) parece estar excluida de las fuentes de derecho a causa de la concepción del consenso de la comunidad de sabios. Sin embargo, el *urf* tiene una existencia no oficial, vinculada a situaciones anteriores a la islamización

¹⁵ En septiembre del 622 d. C., Mahoma tuvo que huir de la Meca a Medina, donde sus enseñanzas eran bien acogidas. El cómputo de los años del calendario musulmán arranca en esta fecha. Para distinguirlo de otras dataciones, se habla de «era de la Hégira», puesto que *higrah* significa «migración» en árabe.

de un cierto territorio, y contribuye a integrar el derecho islámico. Por ejemplo, una costumbre local puede establecer el término en el cual debe pagarse la dote.

También las decisiones judiciales tienden a integrar este derecho según las preferencias de las diferentes escuelas, de las que se hablará enseguida: los *malikitas* seguían los pronunciamientos de Medina, los *hanbalitas* y los *hanafitas* seguían los iraquíes y los *shafitas* los de la Meca. De hecho, la huida de Mahoma desde la Meca hasta Medina dividió la enseñanza del Profeta en dos vertientes, una más adaptada a una sociedad de mercaderes y la otra a una de beduinos.

El asentamiento del Imperio islámico y, a continuación, la formación de parlamentos, generaron como última fuente el decreto del soberano (*qanun*, derivado del griego «kànon») de cada país, introduciendo así una doble jurisdicción: mientras el cadí, el juez religioso, siguió aplicando la ley sagrada, los tribunales laicos aplicaban el *qanun*.

5. LAS CUATRO ESCUELAS SUNITAS

Después de la muerte de Mahoma, aparecieron desacuerdos políticos y teológicos —incluso violentos— respecto a la manera de interpretar el Corán y de proveer al Estado musulmán. En el transcurso de luchas que duraron hasta el siglo IX, el movimiento islámico se dividió en varias sectas. Las principales son, todavía hoy, las dos siguientes: por un lado los sunitas, llamados así porque se proclamaron seguidores de la *sunna*, son los más numerosos; por otro lado los chiitas, que se oponen a los sunitas a causa de antiguas divergencias respecto a la sucesión del profeta y, en tiempos más recientes, también por razones ideológicas.

A estas sectas principales (que sufrieron numerosos cismas internos) se suman muchas otras relativamente menores. Aunque partiendo de un núcleo común, todas han elaborado un sistema teológico-jurídico propio. Por tanto, por exigencias de concisión, es necesario limitar nuestro análisis sólo a las escuelas o ritos de la secta principal: la de los sunitas.

Ya se ha expuesto el proceso de asentamiento del derecho islámico bajo la dinastía de los Abasidas en el siglo VIII. A lo largo de este asentamiento del derecho islámico, las controversias teológicas im-

pidieron que las extensiones analógicas del derecho sagrado fueran canalizadas en una única dirección: nacieron así cuatro escuelas ortodoxas y numerosas escuelas heréticas. Todavía hoy, el derecho islámico de cada Estado se remite a estas escuelas o ritos, que a menudo están presentes dentro de una misma nación en proporción diversa. Por lo tanto, el derecho islámico no es unitario; y también porque, al haberse formado durante la época de expansión de la potencia árabe, no recibió del exterior ningún impulso para la unificación.

Así pues, el derecho islámico siguió una evolución distinta a la del derecho hebraico, que, pese a presentar controversias de escuela similares a éstas, fue unificado en el Talmud porque la destrucción de Jerusalén hizo temer a esta comunidad la pérdida de su propia tradición.

Las cuatro escuelas islámicas ortodoxas llevan el nombre de sus fundadores. La escuela *hanafita* es la más liberal, porque tiende a subrayar el carácter formal del comportamiento del fiel y, una vez respetada la forma, admite que con las ficciones se puedan suavizar algunas prohibiciones del Corán. La escuela *malikita* es rigurosa: se atiene a la *sunna* lo más posible y limita al máximo el consenso de los jurisperitos a la hora de desarrollar el derecho. La escuela *shafita* ocupa una posición intermedia entre las dos precedentes. Por último, la escuela *hanbalita* sigue a la *shafita* por lo que se refiere al razonamiento jurídico, pero exige un respeto estricto de la *sunna* y un respeto estrictísimo del Corán; su importancia se hizo relevante en el siglo XIX, cuando se generó una notable comunidad de fines entre los *hanbalitas* y el movimiento de los *wahabitas*, todavía dominante en Arabia Saudí.

Las cuatro escuelas islámicas ortodoxas llevaron a cabo la extensión del derecho sagrado con una cierta libertad hasta la caída de la dinastía de los Abasidas (que tuvo lugar en 1258, con la conquista mongola de Bagdad). A partir de esta fecha, ya no fueron posibles las interpretaciones extensivas: como se solía decir, se cerró la «puerta del esfuerzo». Durante los siglos sucesivos, el derecho islámico permaneció inmutable, aunque siempre heterogéneo.

Algo parecido había sucedido en el *Common Law* cuando, en 1258, las «Provisions of Oxford» limitaron los tipos de *writ* (esto es, los rescriptos reales que consentían iniciar la acción legal) sólo a los *writs* que existían antes de esa fecha. Sin embargo, el *Common Law* se

arriesgaba así a perder el contacto con la realidad en constante evolución. Por eso, en 1285, el «Statute of Westminster II» volvió a poner en marcha la evolución del *Common Law*, aunque es verdad que con algunas restricciones¹⁶.

Ahora bien, la elección de una de las cuatro escuelas no era tan rígida como la elección entre *Common Law* y *Equity* (en la que, una vez elegida una vía, ya no era posible recorrer la otra). Una representación novelada, pero verosímil, de cómo funcionaba esta elección en el derecho islámico clásico se puede encontrar hoy en una novela del turco Orhan Pamuk, ambientada en la Estambul de finales de 1500. El protagonista quiere desposar a la bella Seküre, pero ella ya está casada con un guerrero que, desde hace cuatro años, no ha vuelto de las guerras contra los persas, de manera que se piensa que está muerto. Sin embargo, para contraer un nuevo matrimonio haría falta un divorcio:

«Tampoco los cadíes que, como nosotros, pertenecen a la escuela *hanafita*, me concederían el divorcio [...] —dice Şeküre—, pero el cadí de Üsküdar [...], con la complicidad de nuestro Sultán y del Şeyhülislam, hace la vista gorda y a veces delega en su segundo, un *shafita*, que concede el divorcio con facilidad y rapidez, y siempre con la manutención de la mujer. Busca a dos hombres que hagan de testigos, págales, vete con ellos a la orilla asiática, a Üsküdar, y convence al cadí para que delegue en su segundo y así éste me conceda el divorcio»¹⁷.

Este barroco procedimiento no es un simple fruto del exotismo novelesco. En la república austriaca nacida de la Primera Guerra Mundial, la mayoría cristiano-social era contraria al divorcio de los matrimonios de rito católico, mientras que la oposición sostenía el parecer opuesto. He aquí cómo el mismo Hans Kelsen da cuenta de la situación jurídica y austriaca, completamente paralela a la novelesca e islámica:

«Y así se terminó llegando a un compromiso: los partidos socialdemócrata y alemán-nacional renunciarían a la reforma del derecho matrimonial que habían proyectado, pero la administración [cristiano-social] haría uso de su potestad para dispensar del impedimento del matrimonio católico con bastante más frecuencia que durante los tiempos de la monarquía. Sobre la base de este acuerdo alcanzado entre los partidos, los presidentes regionales [...] concedieron muchos

¹⁶ LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 267 ss.

¹⁷ PAMUK, Orhan, *Il mio nome è rosso*, Einaudi, Torino, 1998, p. 203. La cita proviene del capítulo 32; el capítulo 33 está enteramente dedicado a los avatares judiciales. El «şeyhülislam» era la autoridad otomana que administraba los asuntos religiosos.

miles de estas dispensas matrimoniales. Si el presidente regional era socialdemócrata o alemán-nacional, la solicitud de dispensa matrimonial no solía encontrar ningún obstáculo; en cambio, si era un cristiano-social que creaba problemas, se presentaba un recurso al Canciller federal. Desde 1920, este último era siempre cristiano-social, pero su vicario, el Vicecanciller (en función de los acuerdos de coalición existentes entre los dos partidos) era alemán-nacional. Para respetar las obligaciones que se derivaban de los acuerdos entre los dos partidos sobre este asunto, el Canciller federal se tomaba unas breves vacaciones para dar a su vicario alemán-nacional la posibilidad de tramitar los recursos que se habían ido acumulando. Esta práctica también se respetó cuando fue Canciller federal el sacerdote católico Ignaz Seipel»¹⁸.

Pero volvamos al derecho islámico. Hoy en día, los cuatro ritos ortodoxos se encuentran en todo el mundo islámico: el rito *hanafita* está difundido en Turquía, Egipto, India, Pakistán y en los Estados de la antigua Unión Soviética; el rito *malikita* en el Magreb; el rito *shafita* en Indonesia, Siria y África oriental; el rito *hanbalita*, que es el más tradicionalista, en Arabia Saudí. Como estas escuelas son todas ortodoxas, y como el juez musulmán era único y no llevaba un registro de los casos resueltos, el sujeto de derecho islámico podía pasar —como ya se ha visto— de un rito a otro sin ninguna formalidad y sin carácter definitivo. Sin embargo, esto no es posible para las herejías y las sectas. Entre estas últimas podemos recordar al *sufismo* —puente entre el monaquismo oriental y el cenobitismo occidental— y a los *wahabitas*, que son rígidamente conservadores y cuya potencia ha ido creciendo en los tiempos recientes. Estos últimos controlan hoy las ciudades santas y amplias zonas de Arabia.

Las características externas que ha adquirido el derecho islámico por su peculiar evolución no deben llevar a engaño. Su casuística no le aproxima al *Common Law*: el derecho islámico, en efecto, ignora el precedente vinculante. Por otra parte, la aparente fluidez de las normas no debe hacernos infravalorar su funcionalidad: muchos documentos mercantiles atestiguan que numerosos judíos preferían recurrir a institutos islámicos incluso en las relaciones comerciales con sus correligionarios. En el siglo pasado, en Libia, el contrato agrícola de «mugarasa» tuvo una vasta aplicación «también entre italianos, lo cual es curioso»¹⁹.

¹⁸ KELSEN, Hans, *Scritti autobiografici*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 114 ss.

¹⁹ BOUSQUET, Georges-Henri, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Imprimerie Nord-Africaine, Alger, 1949, p. 20.

6. RIGIDEZ Y FLEXIBILIDAD EN EL DERECHO ISLÁMICO

La superioridad del elemento religioso sobre el jurídico implica la sujeción del creyente, en cuanto tal, al derecho islámico, independientemente de su pertenencia a un Estado con un sistema jurídico distinto. Fue esta disociación la que permitió a la conquista árabe yuxtaponer su derecho al preexistente en un territorio determinado, con lo que así se sorteaban muchas carencias del derecho islámico. Ejemplos de esta co-vigencia de ordenamientos serían la península ibérica (donde los cristianos podían vivir en el territorio conquistado por los musulmanes y los musulmanes en el conquistado por los cristianos) y el subcontinente indio (donde el derecho islámico convive con el hinduista y con el *Common Law*²⁰).

La pluralidad de ordenamientos no menoscaba así la unidad formal del derecho islámico. Su origen divino hacía impensable teorizar el nacimiento de una rama autónoma del derecho dictada por exigencias concretas, como había sucedido en Occidente con el derecho mercantil: al menos en principio, la palabra de Dios excluía añadidos humanos. Aunque este principio teológico siempre haya sido afirmado por los jurisperitos islámicos, su aplicación efectiva habría conducido a la destrucción del derecho islámico. En realidad, Bergsträsser²¹ ha identificado tres sectores con diferentes grados de rigidez: 1) las normas relativas a los ritos, la familia y la herencia son las más vinculadas a preceptos sagrados (y a éstas yo añadiría las normas penales, que aquí no es posible examinar²²); 2) las normas de derecho público están desvinculadas de los preceptos sagrados e incluso pueden considerarse fuera de la noción islámica del derecho sagrado; 3) las normas relativas al derecho de la economía (y en particular al derecho mercantil) se encuentran a medio camino entre las dos categorías precedentes.

Estas reglas valen para el derecho islámico clásico y, con el paso de los siglos, han tenido que convivir y moldearse con ordenamientos de otra naturaleza presentes en el mismo territorio. Quizá el caso más ejemplar es el de Turquía, que pasó de Estado teocrático a república radicalmente laica después de la Primera Guerra Mundial. El derecho

²⁰ Sobre las peculiaridades del derecho anglo-musulmán, cfr. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., cap. VIII («Il diritto indiano»), pp. 381-403.

²¹ BERGSTRÄSSER, Gotthelf, *Grundzüge des Islamischen Rechts*, bearbeitet und hrsg. von Joseph Schacht, Walter de Gruyter, Berlín, 1935, p. 3.

²² Cfr. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 350-356.

islámico-otomano fue sustituido en 1926 por un código civil modelado a semejanza del suizo que entró inmediatamente en vigor. Se produjo así la convivencia entre un derecho occidental válido, pero poco eficaz, con un derecho islámico todavía eficaz, pero ya no formalmente válido²³.

7. EL FUTURO DEL DERECHO ISLÁMICO COMO REGRESO AL PASADO: ¿Y LOS DERECHOS HUMANOS?

Ante la imposibilidad de seguir la historia legislativa de cada Estado islámico en particular, es oportuno pasar del derecho islámico clásico directamente a nuestros días, para así examinar tres casos concretos que sirvan para documentar en qué consiste el renacimiento del derecho islámico, en tanto que aspecto específico del regreso a la tradición islámica en el mundo actual.

El primer caso se refiere al derecho mercantil y tiene por objeto la propuesta de crear bancos inspirados en los principios islámicos. Esto también constituye un ejemplo de aquel universalismo islámico que no se identifica con el Estado nacional de tipo occidental: en efecto, el banco islámico está destinada a los creyentes, independientemente de su pertenencia nacional. Esta parte se vincula directamente con la exposición general sobre el derecho mercantil islámico²⁴.

El segundo caso se refiere al derecho penal y tiene por objeto la aplicación del derecho islámico en Pakistán, en la represión de las relaciones sexuales ilícitas (*zina*). Esta parte se vincula directamente con la exposición general sobre el derecho penal islámico²⁵.

²³ Los detalles de esta difícil convivencia están descritos en LOSANO, Mario G., *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, 2.^a ed., Unicopli, Milano, 1985; ID., *La Turchia tra Europa ed Asia: un secolo tra laicismo e Islam*, Memoria dell'Accademia delle Scienze di Torino, Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, Serie V, vol. 33, Accademia delle Scienze, Torino, 2009.

Sobre la preparación de los nuevos juristas turcos, es ejemplar la historia del civilista alemán Ernst Hirsch: LOSANO, Mario G., «Ernst Hirsch (1902-1985). Dall'europeizzazione del diritto in Turchia alla sociologia giuridica in Germania. Parte I: la formazione e l'esilio di Ernst Hirsch», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, n.º 2, pp. 3-35.

²⁴ Cfr. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 343 ss.

²⁵ Cfr. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 350 ss. Cfr. también la tesis de ABD-ELRAHIM, Gaafer M., *The Concept of Punishment in Islamic Law in*

El tercer caso se refiere al derecho público y tiene por objeto la organización estatal de Afganistán. No sólo revela la precariedad de los trasplantes de derecho occidental, sino también el reverdecimiento de las formas tribales. Esta parte se vincula directamente con la exposición sobre el derecho público islámico²⁶.

Pese a su diversidad, los tres casos documentan la crisis de los modelos jurídicos importados de Occidente.

a) *Hacia un sistema bancario islámico.* Un ejemplo específico, tanto de conflicto entre estratificaciones jurídicas como de regreso constructivo a la tradición, es el debate acerca de la compatibilidad entre un sistema bancario moderno y la fidelidad a los preceptos religiosos del Islam. En este caso, el contraste clásico entre innovación y tradición se refleja en uno de los sectores vitales de la sociedad actual y, en particular, en un área geopolítica en la que los avatares del mercado petrolífero han dado lugar a una prevalencia del bienestar financiero respecto al de origen empresarial. La finanza islámica es, por lo tanto, un área que se debería seguir y profundizar con particular atención²⁷.

La perspectiva islámica obliga a los europeos —y en particular a los italianos, pioneros de la actividad bancaria y mercantil con toda el área mediterránea— a invertir la propia visión histórica etnocéntrica. La historia de Europa y del Islam registra una serie de altos y bajos simétricos: cada victoria del Islam es una derrota para Europa y viceversa. Así, para Europa, a la ansiedad producida por la expansión islámica siguió el auge del Renacimiento. Para el Islam, de forma

Relation to Contemporary Legal Trends, University Microfilms, Ann Arbor (Mich.), 1987.

²⁶ Cfr. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 346 ss.

²⁷ La literatura sobre el tema está en continua evolución: para actualizarse basta buscar en un catálogo acumulativo (MetaOpac) las palabras «banca islámica» y «finanza islámica», o las expresiones equivalentes en otras lenguas. Un panorama interesante y actual se encuentra en KAHN, Fahim Muhammad, *Islamic Banking and Finance in the European Union. A Challenge*, Cheltenham (G. B.), 2010. Cfr. Además JACKSON-MOORE, Elisabeth, *International Handbook of Islamic Banking and Finance*, Global Professional Publications, Cranbrook (G. B.), 2009; PORZIO, Claudio (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, Bancaria Editrice, Roma, 2009; GIUSTINIANI, Enrico, *Elementi di finanza islamica*, Valerio, Torino, 2006; LORCA, Alejandro, *La banca islámica sin intereses. Elementos básicos*, Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 1999.

simétrica, a la edad de oro de su expansión hasta los Pirineos y casi hasta Viena siguió un periodo de debilidad, en el que las costumbres extranjeras pudieron tomar pie en las tierras del Islam:

«Un aspecto de la vida que representó un grandísimo desafío para la cultura islámica fue el tipo de práctica bancaria que se desarrolló en tiempos del Renacimiento europeo. La difusión de empresas que operaban en este sector en los países islámicos —donde no existía ninguna alternativa para las personas deseosas de sustraerse a este sentimiento de culpa— provocó un problema de conciencia en las poblaciones islámicas, tanto más cuanto que empresas similares “parecían ser opuestas al Islam, e incluso hostiles hacia él”»²⁸.

Hubo quien rechazó en bloque la actividad bancaria, quien intentó aceptar los aspectos que no estaban en contradicción con el Islam y, en fin, quien superó todo problema moral disfrutando de las posibilidades que ofrecía el sistema bancario de impronta europea. Es con este contraste íntimo como Homoud explica la imagen occidental «de las sociedades islámicas como dominadas por la pasividad e incapaces de sostener el paso con los medios para progresar en esta vida»²⁹. No quedaba más salida que «rendirse y aceptar la necesidad»³⁰.

Así pues, después de la edad de oro aparece la edad de la sumisión: las actividades de los bancos se vuelven sospechosas de ser usurarias (y por tanto incompatibles con la ley islámica o *sharía*). Pese a todo, se las acepta de forma tácita, aunque con graves reservas en el propio fuero interno. Estos conflictos se reflejan en la producción doctrinal, que intenta trazar una frontera entre el interés lícito y la usura ilícita: un tema bien conocido también en Occidente, pero que en Oriente frenó la aceptación de las actividades bancarias y que, por consiguiente, ralentizó los desarrollos económicos que éstas permitirían. El problema de la usura impedía armonizar el credo religioso con las ambiciones de bienestar.

Los acontecimientos que Europa denomina «descolonización» son la era del resurgir para los países del Islam. También el debate sobre la banca, el interés y la usura conoció un nuevo impulso y, sobre todo, nuevas tentativas de solución. La soberanía nacional alcanzada permitió que estas tentativas no fueran sólo teóricas.

²⁸ HOMOUD, Sami Hassan, *Islamic Banking: The Adaptation of Banking Practice to Conform with Islamic Law*, Arabian Information, London, 1985, p. 2. La cita incluida por Homoud se encuentra en ROW, Jean Paul, *Islam in the West*, Beirut, 1960.

²⁹ HOMOUD, Sami Hassan, *Islamic Banking...*, cit., p. 2.

³⁰ HOMOUD, Sami Hassan, *Islamic Banking...*, cit., p. 3.

En 1961 fue instituido en el Cairo el *College of Islamic Research*, que a partir de su Segundo Congreso anual, en 1965, ha venido reclamando la atención de los estudiosos islámicos sobre la necesidad de crear una alternativa islámica al sistema bancario occidental. No se piensa en empresas concurrentes desde el punto de vista económico, sino más bien en empresas diversas en sus principios inspiradores, de tal modo que el fiel pueda hacer uso de las mismas sin sentimientos de culpa.

Ya se había ensayado un primer experimento entre 1961 y 1971, con la Caja de ahorros de la pequeña ciudad de Meit Ghamr, en Egipto. Sin embargo, la primera consagración legislativa parece remontarse a la ley egipcia n.º 66 de 1971, con la que Nasser (1918-1970) instituyó el *Social Bank*: éste no podía tratar «con terceros sobre la base del interés, ni recibéndolo ni dándolo». En 1972, Jordania encomendó la administración de los bienes de los huérfanos a un ente que debía invertirlos de una forma compatible con el derecho islámico. El *Dubai Islamic Bank*, instituido en 1975, debe «operar sobre una base distinta de la usura y de cuanto pueda resultar usurario». Por último, el *Islamic Development Bank*, que está en funcionamiento desde 1975, reúne hoy a una cincuentena de Estados islámicos «con el fin de ayudar conjuntamente al desarrollo económico y al progreso social de los pueblos de los Estados miembros y de las sociedades islámicas, en armonía con el derecho islámico (*sharía*)».

Así pues, el debate doctrinal y las experiencias bancarias concretas van acumulándose en una dirección distinta a la seguida por la banca occidental. La conclusión de estas observaciones no debería ser tanto la indagación específica sobre los contratos bancarios que pueden considerarse admisibles o no admisibles a la luz de la *sharía*, cuanto la finalidad perseguida con estos bancos, que paradójicamente son nuevos porque regresan a la tradición.

El efecto de la usura no se limita sólo a los aspectos psicológicos —observa Homoud—, representados por malestar interno y por pérdida de la tranquilidad de conciencia, sino que tiene dimensiones más vastas y profundas. En efecto, la filosofía de la banca, a la luz de los esquemas derivados de sus orígenes europeos, se funda sobre la convergencia del capital con el capital: la banca presta sólo a los ricos³¹.

³¹ Por lo tanto, el microcrédito tiende a ir en la dirección opuesta: NOWAK, MARÍA, *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*, Einaudi, Torino, 2005.

La aplicación de esta concepción impide a muchas categorías de ciudadanos (incluso si no se preocupan de los problemas de la licitud moral de las operaciones bancarias) sacar ventaja de los grandes excedentes de dinero derivados de los bienes depositados en la banca. Y es que éstos sólo poseen su propia fuerza física o intelectual, mientras que en la concepción occidental de la banca no hay espacio para una convergencia entre capital y trabajo. Este impedimento ha empujado al trabajo asalariado a todo aquel que no poseía capitales y varios sectores económicos del Estado han tenido que encontrar trabajo para esta creciente marea de personas. Si los trabajadores dependientes, especialmente los técnicos y los especialistas, hubieran tenido acceso a un capital proporcionado respecto a las habilidades y capacidades de cada uno, éstos se habrían transformado de asalariados en productores, con gran beneficio propio y, por ende, de la sociedad. Para la consecución de este fin se intenta armonizar la moderna técnica bancaria con la rígida tradición del derecho islámico.

Los excesos del mundo financiero occidental —que han culminado con la crisis mundial iniciada en 2008— ya habían suscitado desde hacía tiempo el problema de la ética en el mundo de los negocios. Y en particular, en el de los bancos. Se multiplican los seminarios y los escritos sobre ética y negocios: y es que, en efecto, se habla mucho de lo que no se tiene. La reacción occidental a la falta de ética en los negocios ha tomado forma en las «inversiones éticas» (por ejemplo, fondos que no se invierten en empresas que produzcan armas o que exploten laboralmente a menores³²). En Italia, desde 1999, existe una *Banca Popolare Etica*³³ que se inspira en los principios de la ética laica republicana, del mismo modo que la banca islámica se inspira en los principios de la ética religiosa islámica. Ambas vías expresan el malestar de mucha gente ante unas finanzas cada vez más depredadoras, así como la exigencia de encontrar nuevas formas de solidaridad, por ejemplo a través del microcrédito³⁴.

³² STIZ, Giovanni (Cooperativa Il Seme), *Guida alla finanza etica. Come investire i propri risparmi in modo socialmente responsabile*, Editrice Missionaria Italiana, Bologna, 1999.

³³ La historia de este banco ha sido escrita por su mismo fundador y actual presidente: SALVATO, Fabio, *Ho sognato una banca*, Feltrinelli, Milano, 2010. Sitio web: www.bancaetica.it.

³⁴ En los orígenes del microcrédito se puede situar al bengalí Muhammad Yunus, fundador de la Grameen Bank en 1976, y Premio Nobel de la Paz en 2006.

Por último, conviene subrayar que también en Europa se está empezando a desarrollar una industria de los alimentos, los cosméticos, los productos farmacéuticos y la moda «islámicamente correctos» (o sea, «halal», lícitos, conformes con las prescripciones coránicas). Ya han empezado a surgir nuevas profesiones, como los asesores de marketing islámico y de certificación religiosa³⁵. En efecto, el mercado de potenciales consumidores en Europa gira en torno a los cuarenta millones de personas, y los productos *halal* se prestan a ser exportados tanto a los países islámicos, como a Estados no islámicos con grandes comunidades islámicas. El respeto de las normas coránicas se garantiza a través de marcas de certificación, como sucede en Italia, por ejemplo, con las de la mezquita de Segrate (Milán) y la mezquita de Roma. Esta última garantiza que el centenar de carnicerías *halal* existentes en Italia distribuyan carne tratada correctamente. Sin embargo, como los animales tienen que ser degollados, ya han surgido problemas con las sociedades protectoras de animales, que están convencidas de que esta técnica hace sufrir a los animales más que las técnicas occidentales de carnicería.

Con la elaboración de estos productos, nace también un pluralismo jurídico *soft*: en efecto, los productores se atienen a las normas islámicas en la medida en que éstas sean compatibles con el derecho positivo del lugar.

b) *La represión de las relaciones sexuales ilícitas (zina) en Pakistán*. El derecho del Pakistán moderno conoce tres estratos: uno tribal originario (todavía conservado en parte), uno islámico y uno occidental de *Common Law*. El mundo indo-pakistaní fue de los primeros que desarrollaron un derecho moderno que tuviese en cuenta dos civilizaciones, el ya citado derecho anglo-musulmán. Sin embargo, se trataba de una reforma importada del exterior; mientras que ya existía un reformismo indo-islámico con una tradición propia, inserta en el contexto del movimiento panislámico³⁶.

YUNUS, Muhammad, *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, Milano, 1998; ID., *Un mondo senza povertà*, Feltrinelli, Milano, 2008.

³⁵ En la colección de la Universidad Bocconi de Milán ya ha salido el volumen de NESTOROVIC, Cestomir, *Marketing islámico*, Egea, Milano, 2010. Además, también la asesora de marketing islámico Anna MARÍA Tiozzo ha anunciado la próxima publicación de su libro *Marketing islamico e certificazione religiosa*.

³⁶ GIUNCHI, Elisa, *Pakistan: Islam, potere e democratizzazione*, Carocci, Roma, 2009; ID., *Il Pakistan tra ulama e generali*, Franco Angeli, Milano, 2002; ID., *Radicalismo islamico e condizione femminili in Pakistan*, L'Harmattan Italia, Torino, 1999.

Los contrastes más graves se dieron entre el derecho occidental introducido por los colonizadores y el derecho islámico resurgido con la independencia. En efecto, algunas normas del derecho islámico chocan con valores occidentales como los de la certeza del derecho, la tutela de los derechos humanos o la paridad entre ciudadanos (y por lo tanto, también chocan con los tratados internacionales que sancionan estos valores, aunque estén suscritos por Estados islámicos)³⁷.

Sólo cuando Pakistán se separó de la India en 1947, y gracias a la formación de un Estado islámico en Pakistán, logró el reformismo autóctono encontrar su camino. Treinta años después de la independencia, la influencia del «revivalismo» islámico se dejaba ver también en la legislación pakistaní, con la prohibición de las bebidas alcohólicas, las apuestas, la prostitución y los locales nocturnos.

A diferencia de Irán, la formación de un Estado islámico en Pakistán no tuvo raíces populares. Sin embargo, el Islam fue aceptado favorablemente por muchos estratos de la población, pese a que viniera impuesto para justificar un régimen que no tenía una legitimación formal, ya que había nacido gracias al golpe de Estado de julio de 1977 de Muhammad Zia ul-Haq. Precisamente en 1977 comenzó también un proceso de islamización del derecho penal pakistaní, que representaba un retroceso —al menos desde el punto de vista cronológico— respecto al derecho anglo-musulmán de la India colonial y unificada. Esta tendencia se reforzó en 1979 con la promulgación de las *Ordenanzas hudud* (así llamadas por el tipo de pena con la que

³⁷ Sobre el espinoso problema de la compatibilidad entre el derecho islámico y los derechos fundamentales (o humanos) existe una profusa literatura: por ejemplo, SACHEDINA, Abdulaziz A., *Islam and the Challenge of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009; ASMA ADNAN, Zarzour, *The Particularities of Human Rights in Islam with Reference to Freedom of Faith and Women Rights*, Aberdeen University, 2008; DALACOURA, Katerina, *Islam, Liberalism and Human Rights*, Tauris, London, 2007 (3.^a ed.); SAIT, Siraj, *Land, Law and Islam. Property and Human Rights in the Muslim World*, Zed Books, London, 2006; AL AWABDEH, Mohamed, *History and Prospect of Islamic Criminal Law with respect to the Human Rights*, Humboldt-Universität Berlin, online-resource, 2005; ALI, Shaheen Sardar, *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal before Allah, Unequal before Man?*, Kluwer, The Hague, 2002; MAYER, Ann E., *Islam and Human Rights. Tradition and Politics*, Westview Press, Boulder (Col.), 1999.

conminaban³⁸): la *Ordenanza zina*³⁹ forma parte de este grupo y atañe a los delitos contra la moral sexual, a la que los fundamentalismos atribuyen particular importancia.

Esta ordenanza se refiere a una serie de delitos, de entre los cuales sólo conviene detenerse en el de estupro y en el de adulterio y fornicación (*zina*), para los que están previstas penas casi idénticas, también porque la policía propende a diluir de facto el estupro en fornicación: en los registros los dos delitos no se conciben separados. El estupro se comete con la relación sexual entre dos personas que no están válidamente casadas entre sí y contra la voluntad de una de las partes. La fornicación y el adulterio son la relación sexual consensuada entre dos personas que no están válidamente casadas. La casuística es compleja y aquí es necesario detenerse en algunos puntos de la ordenanza: para un análisis completo, existe una investigación italiana que da cuenta de las características jurídicas de este asunto⁴⁰.

Las penas están inspiradas en el clásico rigor islámico: si el reo es una persona en el pleno sentido de sus derechos (*muhsan*: persona mayor de edad, libre, musulmana, mentalmente sana, que sólo haya tenido relaciones sexuales con el cónyuge regularmente desposado o, si no está casado, que por lo menos no haya tenido relaciones sexuales precedentes), el adulterio se castiga con la lapidación (que no está prevista por el Corán) y la fornicación con cien latigazos. En el caso del estupro, si el reo es *muhsan*, la pena es la lapidación; si no, la pena son cien latigazos o «cualquier otra pena, incluida la pena de muerte, que el tribunal juzgue oportuna». Estas son las penas máximas, pero

³⁸ Sobre los diferentes tipos de pena en el derecho islámico, cfr. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 350-356.

³⁹ *Offence of zina (enforcement of hudood) ordinance*, N.º VII, 1979: ésta se propone «to bring in conformity with the Injunctions of Islam the law relating to the offence of *zina*», y precisamente «to modify the existing law relating to *zina* so as to bring it in conformity with the Injunctions of Islam as set out in the Holy Quran and Sunnah». El texto íntegro se incluye en *Hudood Laws in Pakistan*, foreword by Gul Muhammad Khan, Kausar Brothers, Lahore, s. f.

⁴⁰ GIUNCHI, Elisa, *Radicalismo islamico e condizione femminile in Pakistan*, cit., p. 107. Este interesante volumen, nacido de una tesis doctoral en la Universidad de Cambridge, analiza varias sentencias de los tribunales islámicos pakistaníes. Otras se contienen en el texto inglés de la tesis de 1994 (más amplio) titulado *The enforcement of the ordinance by the Federal Shariat Court in the period 1980-1990, and its impact on women*, consultable en la University Library de Cambridge.

existe una casuística que prevé la posibilidad de reducirlas; además, el régimen de las pruebas dificulta la condena a las penas máximas por estos delitos. En todo caso, estas breves menciones dan ya una idea de la severidad de las penas y de la discrecionalidad de su aplicación.

Las ordenanzas inspiradas en el derecho islámico entran a veces en conflicto con el derecho vigente. Si el reo es menor de edad, las penas para ambos delitos se reducen a cinco años de detención y/o treinta latigazos y/o una pena pecuniaria. La minoría de edad está estipulada en los dieciocho años para el hombre y los dieciséis años para la mujer, o bien en la llegada a la pubertad. Estas disposiciones sobre la mujer contrastan con el Código penal (que considera no la madurez sexual, sino la capacidad de entender y de querer) y también con la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Infancia*, ratificada también por Pakistán.

El problema de la colisión entre el viejo ordenamiento de origen anglo-musulmán y las nuevas ordenanzas «revivalistas», así como el problema del amplio margen de discrecionalidad atribuido al juez, exige también una breve mención a las reformas judiciales de inspiración islámica realizadas en Pakistán.

En Pakistán, después de la institución de los tribunales islámicos (que se unen a los preexistentes desde 1978), una reforma constitucional de 1985 introdujo el derecho islámico como derecho del Estado. Los jueces pakistaníes pueden desbancar así al derecho positivo, para apelar a «otro» derecho en virtud de la Constitución. Un típico ejemplo de esta duplicidad de valores lo encontramos también en la ordenanza sobre los delitos sexuales, un ámbito en el que se enfrentan enraizadísimos valores opuestos. Un estudio sobre 156 sentencias relativas a esta ordenanza llegó a la conclusión de que, «sobre todo a partir de la introducción del artículo 2-A en la Constitución, los jueces de la Corte Federal Shariat han hecho referencia explícita a las fuentes del derecho islámico, llegando incluso a suspender normas de derecho estatutario [es decir, de derecho positivo de origen legislativo] y a aplicar la *sharí*a no codificada»⁴¹. Queda abierto el problema de hasta qué punto la apelación al derecho islámico es un fin (es

⁴¹ GIUNCHI, Elisa, *Radicalismo islamico e condizione femminile in Pakistan*, cit., p. 107.

decir, el regreso a la pureza de los orígenes frente a la corrupción occidental) o bien un medio (para afirmar el *statu quo* político y sociocultural existente).

No obstante, es un dato de hecho que hay normas jurídicas precedentes, emanadas según los principios occidentales, que hoy se están desaplicando mediante una apelación al derecho islámico, introducido por la reforma constitucional de 1985. Pakistán vive así en una situación de pluralismo jurídico oficial.

c) *Estado y tribu en Afganistán.* Los dos elementos sociales que más influyen en el derecho de Afganistán son el tribalismo y el Islam. El problema específico que aquí se quiere subrayar es la persistencia del tribalismo, a través de toda forma de estratificación política —y por consiguiente también jurídica—, hasta los dramáticos días actuales.

Todavía hoy, el país conoce la división de facto de los seis principales grupos étnicos en numerosas tribus independientes. Éstas residen en valles aislados y hablan una veintena de idiomas distintos. Los acontecimientos históricos que han envuelto a todo el Estado afgano en el transcurso de decenios han terminado por resolverse gracias a la combatividad y a la cohesión de las tribus, que cada vez han salido más reforzadas de los conflictos.

De un Estado afgano independiente se comienza a hablar en el siglo XVIII, pero sólo en 1836 subió al poder una dinastía que dio los primeros pasos hacia la modernización del país. En primer lugar, ésta se propuso debilitar los vínculos tribales e identificar un punto de agregación aceptado por todos: este último no podía ser otro que la religión islámica, a la que se sometían tanto las tribus como el nuevo soberano, autoproclamado «guía de todos los fieles».

El tímido proceso de formación de una administración central fue interrumpido por un acontecimiento externo: Afganistán se había convertido en una pieza débil, pero importante, del «gran juego» que se estaba desarrollando entre los ingleses y los rusos. Como temían que los rusos buscasen una salida a los mares cálidos (pasando a través de la India británica) los ingleses intentaron conquistar Afganistán. Las dos guerras anglo-afganas destruyeron el embrión de Estado unitario que se estaba creando y, en cambio, reforzaron el poder tribal. Hasta 1920, por ejemplo, el reclutamiento militar continuó funcionando sobre la base tribal, no nacional.

En cierta medida, la formación de un Estado centralizado no tuvo lugar hasta 1978, cuando el país fue invadido por la Unión Soviética. Así, sobre la base de un derecho consuetudinario tribal que convivía con un derecho religioso (*sharía*), se estratificó —pero parece que solo formalmente— un derecho de estructura europea y de contenido marxista. Formalmente, Afganistán se convirtió en un Estado centralizado de acuerdo con el modelo soviético, estructura que fue sancionada en 1980 por una nueva Constitución. Sin embargo, la realidad se movía en la dirección opuesta.

«Históricamente, la resistencia a la dominación extranjera siempre ha sido una tarea de la tribu y de los jefes religiosos. Esto se está repitiendo también hoy en día, y el Afganistán rural está volviendo a someterse al dominio tribal. La rebelión y la lucha continua han llevado a la caída de la autoridad del gobierno central a manos de las tribus. El vacío que ha resultado de ello ha sido fácilmente colmado por las formas tradicionales de autoridad tribal [...]. La historia se repite: al igual que las guerras anglo-afganas del siglo XIX acrecentaron el poder y la influencia de los jefes tribales y religiosos, del mismo modo la invasión soviética dio un nuevo impulso a estas fuerzas»⁴².

De todas estas premisas se puede concluir que, en Afganistán, cada estratificación jurídica se ha visto obligada a plegarse a las rígidas leyes patriarcales de la tribu. Un ámbito de observación particularmente fértil es el derecho matrimonial afgano, en el que conviven costumbres locales no previstas por el derecho islámico y —hasta 1989— impulsos modernizadores de origen soviético, que se tradujeron en leyes a menudo no aplicadas, por mucho que se formularan con prudentes fórmulas de compromiso.

Después de la retirada de las tropas soviéticas en 1989, el país atravesó un periodo de guerra civil que ciertamente no concluyó con la toma de Kabul por parte de los talibanes y con la creación de un Estado fundado en una visión radical del Islam. Los intentos precedentes de modernización jurídica fueron sustituidos por una aplicación a rajatabla del derecho islámico.

Entre las cuatro escuelas ortodoxas del derecho islámico, el derecho afgano adopta la escuela *hanafita* en el terreno matrimonial, pero la interpreta del modo más estricto. El divorcio con sentencia judicial se concedió a la mujer por primera vez en 1977, cuando la legislación civil adoptó en esta materia la interpretación más liberal de la escuela

⁴² KAMALI, Mohammed Hashkin, *Law in Afghanistan*, Brill, Leiden, 1985, p. 5.

malikita. Sin embargo, permanecieron (y parece que aún hoy permanecen) usos como el del altísimo precio de la esposa y la dispendiosa ceremonia nupcial —que de hecho transforman el matrimonio en un privilegio para los pudientes— o el matrimonio entre niños. También se registra la permanencia de la elección del esposo o la esposa por parte de los padres y, por último, una poligamia menos controlada que en otros países donde también se adopta el derecho islámico.

La invasión soviética de Afganistán duró desde 1979 hasta 1988. Al año siguiente, la Unión Soviética había completado la retirada de sus tropas de Afganistán, que sin embargo quedaba desgarrado entre facciones islámicas contrapuestas, entre las cuales terminó por prevalecer la fundamentalista. Ya la Constitución del 30 de noviembre de 1987 había proclamado al Islam como religión del Estado; ahora bien, en los años noventa, Afganistán aplicó las prescripciones islámicas de manera tan extrema, que en ciertos aspectos se regresó a la Edad Media, sobre todo por cuanto se refiere a la condición de la mujer y a los derechos civiles.

Después del atentado del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas, Afganistán fue invadido con la operación «Enduring Freedom», que derrocó el régimen de los talibanes e instauró una república que la nueva Constitución designa como «República Islámica de Afganistán»⁴³. El conflicto armado y el contraste entre cultura occidental y cultura local islámica dura hasta hoy.

Estos tres ejemplos deberían haber demostrado cuán compleja es la conciliación del derecho islámico tradicional con la realidad moderna. Precisamente por esta razón, para comprender las realidades contemporáneas específicas, es necesario conocer tanto la evolución del derecho islámico clásico como la historia individual de los Estados modernos en donde éste se aplica. Este pluralismo jurídico —sancionado oficialmente (como en Pakistán), o existente de facto (como en Turquía)— presenta siempre una tensión irresoluta entre el derecho islámico, que es universal y divino, y el derecho estatal, que es nacional y laico.

⁴³ PAPA, Massimo, *Tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Shari'a, consuetudini e diritto statale*, Giappichelli, Torino 2006. Cfr. también GIUNCHI, Elisa, *Afghanistan. Stato e società nel cuore dell'Asia*, Carocci, Roma, 2007; RASHID, Ahmed, *Talebani, Islam, petrolio e il grande scontro in Asia Centrale*, Feltrinelli, Milano, 2001.

MULTICULTURALIDAD, DERECHO ISLÁMICO Y ORDENAMIENTO SECULAR; LOS SUPUESTOS DE LA POLIGAMIA Y EL REPUDIO

AGUSTÍN MOTILLA DE LA CALLE
*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
de la Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO:—1. Introducción.—2. La recepción del Derecho Matrimonial Islámico en Europa.—3. Las normas de conflicto sobre el matrimonio en el Derecho Español.—4. El reconocimiento de la poligamia; efectos derivados del matrimonio polígamo.—5. La extinción del vínculo matrimonial; especial consideración al repudio unilateral.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que uno de los problemas principales al que se enfrenta Europa occidental es el de la fuerte inmigración. Numerosas personas pertenecientes a otras culturas y tradiciones intentan escapar de la miseria emigrando a los países que se presentan ante sus ojos como las sociedades del bienestar. España, de ser un país tradicionalmente emigrante, se ha convertido a lo largo de las últimas décadas en una nación receptora, siguiendo las huellas de lo acaecido en otros Estados del centro y el norte de Europa. Por tanto, los problemas y experiencias de otros socios de la Unión Europea deberán convertirse en referente necesario para solucionar las tensiones de una sociedad que evoluciona imparablemente hacia una multiculturalidad¹.

¹ Como ha señalado Foblets, el conflicto entre civilizaciones es frecuentemente objeto de disputas académicas teóricas que no se adentran en lo que es, a su juicio, su aspecto más relevante: los choques en la cultura legal doméstica, en el día a día de la coexistencia social. Cfr., FOBLETS, «Family disputes involving muslims (and muslim women in particular) in contemporary Europe», AA.VV., *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. San Sebastián,

La extracción social y nivel cultural de los inmigrantes en Europa suele dificultar su integración en la cultura occidental, especialmente si proceden de otros continentes con tradiciones sensiblemente diferentes a las nuestras. De ahí que sea común entre los grupos nacionales un cierto sentimiento de endogamia, de conciencia de su particularidad frente a la cultura del país receptor que consideran extraña o, a veces, hostil. Esto lleva a la reafirmación de sus componentes culturales: la lengua, la tradición, la religión..., elementos de identidad que se oponen a la sociedad en la que la necesidad les obliga a vivir.

Si el hecho de la multiculturalidad es irreversible, el grado de tensión y conflictividad que este factor cree en la sociedad depende de la actitud de los sujetos en conflicto y de la evolución de sus relaciones, en un proceso de tipo acción-reacción. Las comunidades minoritarias pueden lanzarse por el camino de la secesión cultural, cerrándose al exterior y reaccionando agresivamente frente a la cultura dominante. Esta actitud, calificada por Sartori² como tendente a una tribalización de la cultura, supone un evidente peligro para la paz social. Desde el otro polo de la relación, los poderes públicos, instados por una mayoría social intransigente frente a valores ajenos al entorno cultural, pueden intentar imponer unos supuestos principios de la civilización occidental —inducidos de la tradición cristiana y los postulados de la secularización— como condición a la concesión de la plena ciudadanía a los inmigrantes y la consiguiente integración social, llevando a cabo una doble política de uniformidad cultural combinada con el retorno a sus países de origen de los no integrados. No cabe duda que el efecto inmediato de una actitud del Estado como la descrita incrementará la tensión social, favoreciendo la proliferación de *ghettos* culturales hostiles a la sociedad dominante.

Al contrario, y en lo que respecta a la perspectiva escogida en la elaboración del presente estudio, la política a seguir por los Estados europeos, siendo coherentes con los principios del orden social y jurídico, no puede ser la de imponer una uniformidad en supuestos valores europeos, porque esto precisamente conculcaría el pluralismo y la tolerancia que informan nuestro sistema político. Efectivamente, uno de los postulados de las democracias liberales plenamente vigente en

1 al 3 de junio del 2000», Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2001, p. 265.

² Cfr., SARTORI, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, (trad. Ruiz de Azúa), Taurus, Madrid, 2001, p. 34.

la sociedad europea es el de la consideración de la diversidad como valor que enriquece la libertad individual y la convivencia social. El pluralismo, no como hecho sino como valor social, admite la discrepancia y la diferencia como fenómenos de la vida en sociedad que deben ser respetados en aras de la paz intercultural. Requiere, por tanto, la neutralidad del Estado en cuanto que no puede alterar el pluralismo naturalmente existente en la sociedad mediante la imposición de una ideología o creencia con afán de monopolio. Pero también necesita la intervención de los poderes públicos cuando ese pluralismo se vea amenazado por doctrinas o tendencias que fomenten la hostilidad entre las culturas³. No cabe dudar de la íntima relación que existe entre el pluralismo y el reconocimiento por parte de los Estados de la libertad de conciencia y religión de los individuos, proclamada en las declaraciones de derechos. La doctrina de los derechos humanos, derechos subjetivos de aplicación directa y principios de actuación del Estado en las constituciones europeas, también impulsa al respeto de las tradiciones culturales y religiosas de las minorías siempre que no dañen al prójimo y sean tolerantes con otras existentes en la sociedad.

Las conclusiones inducidas de las líneas inspiradoras de las democracias pluralistas descritas son plenamente aplicables al sistema político español vigente. La definición del Estado español del artículo 1 de la Constitución como «social y democrático de Derecho», los valores que fundamentan el orden político y la paz social mencionados en el artículo 10.1 y la enumeración de derechos fundamentales del Título Primero del mismo texto legal, se insertan en la tradición liberal-democrática, corregida con el carácter social de las competencias que se encomiendan a los poderes públicos. En cuanto que los grupos minoritarios construyen su cultura principalmente en función de una identidad religiosa, son titulares, tanto los individuos como las comunidades, del derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución y desarrollado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Entre las manifestaciones de ese derecho se comprenden las de manifestar libremente sus creencias y, específicamente, la de celebrar sus ritos matrimoniales. Además, debe traerse aquí a colación lo dispuesto en los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, en la doble función que les asigna la Constitución de interpretar la relación de derechos incluida en el propio texto constitucional (*ex* artículo 10.2) y formar parte del

³ Vid., sobre el concepto político de pluralismo, *ibid.*, pp. 17 ss.

ordenamiento una vez ratificados. En la materia que nos ocupa, cabe recordar el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce la autonomía cultural en el ámbito privado y familiar, entendiendo los órganos jurisdiccionales del Consejo de Europa que ese derecho protege a los grupos minoritarios para reclamar el respeto a un particular estilo de vida, ya sea «vida privada», «vida familiar» o «casa». Así como los derechos reconocidos por las convenciones internacionales para la protección de las minorías étnicas y religiosas⁴.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico y en función de lo expuesto, el pluralismo y el respeto a las diversas culturas existentes en la sociedad deben propiciar cauces que compatibilicen la doble condición de creyentes y ciudadanos de los miembros de minorías. Es necesario, pues, encontrar fórmulas que flexibilicen las normas aplicables a los diversos supuestos, en aras de acoger soluciones abiertas a las peculiaridades de las minorías étnicas y religiosas existentes en España, dentro, claro está, del respeto a los derechos constitucionales y a otros valores superiores del ordenamiento. Una vez rechazadas las actitudes que predicán la imposición de una supuesta «cultura nacional» o las que defienden la eliminación de los divergentes, por ser contrarias a nuestra Constitución, el diálogo y la comprensión efecto del pluralismo como valor de nuestro ordenamiento ha de inducir a los juristas y a los poderes públicos a ser sensibles a las peculiaridades de otros Derechos pertenecientes a culturas y religiones distintas, y a lograr en lo posible su adaptación en el sistema jurídico del ordenamiento nacional. Para ello resulta imprescindible, en pura lógica, conocer los Derechos religiosos, sus fundamentos e instituciones jurídicas. Considero un presupuesto de suma utilidad a la hora de plantear su recepción en el marco del Derecho nacional no entrar a discutir sus presupuestos ideológicos, ceñir el estudio al análisis y exposición del Derecho religioso con la mayor objetividad posible.

La salvaguarda de la libertad de conciencia y de la intimidad de los actos culturales o religiosos de las minorías explica que en otros

⁴ Al respecto, y entre otros muchos estudios, vid., SALERNO, «Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere», *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXIII, 2 (1990), pp. 257 ss.; JAYME, «Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del Diritto Internazionale Privato», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2 (1993), pp. 295 ss.

países de la Unión Europea, que llevan viviendo la experiencia de la sociedad multicultural durante varias décadas, utilicen fórmulas cada vez mas respetuosas con las creencias de los individuos, en especial en el ámbito del Derecho de familia. En el marco de la preponderancia de la autonomía de la voluntad como principio vertebrador de las relaciones familiares, especialmente la jurisprudencia tiende a aplicar el Derecho religioso de los ciudadanos perteneciente a minorías siempre que no contradiga el orden público interno. Igualmente se constata una flexibilización del orden público del foro en el caso de plantear la eficacia del Derecho extranjero de raíz religiosa en el ordenamiento nacional. Sólo cuando las disposiciones de otro ordenamiento sean contrarias a los derechos y libertades constitucionales o sean discriminatorias, se denegará su aplicación en el orden interno. Pero incluso en ese último supuesto la jurisprudencia admite, como veremos, una cierta eficacia de la norma contraria al Derecho del foro cuando beneficie a terceros de buena fe o a personas especialmente protegidas en el ordenamiento; es lo que la doctrina iusprivatista denomina orden publico atenuado. No cabe duda que las descritas son manifestaciones de la tendencia a la flexibilidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, que favorecen la aplicación del Derecho religioso como expresión del derecho de las minorías culturales a vivir según sus creencias.

El trabajo que se introduce tiene como objeto estudiar el Derecho islámico en el ámbito específico de una de las materias de mayor trascendencia religiosa en su Derecho de familia, el matrimonio, y en dos instituciones en que se reflejan, por un lado, la incompatibilidad con los principios y valores de nuestro ordenamiento pero, por otro, en las que la salvaguarda de los derechos de la parte «débil» en la relación, la mujer y los hijos, impulsa a aplicar el concepto de orden público atenuado: la poligamia y el repudio unilateral del marido.

Se tratará, por tanto, de analizar las vías jurídicas que faciliten la actuación de los musulmanes según sus creencias en esta materia. Desde la perspectiva del derecho individual de libertad religiosa, para el creyente musulmán obedecer la *Sharia* es obedecer un precepto religioso. De ahí que aspectos significativos de su estatuto personal, regulados por la legislación religiosa, su exacto cumplimiento se convierte en un problema de conciencia. Como escribe Sheikh Syed A. Darsh, imam de la mezquita de *Regent's Park* de Londres, «... *lorsqu'un musulman se trouve dans l'impossibilité de se conformer á ses obligations, il a le sentiment de manquer á un devoir religieux. Il ne*

se sentiria alors en paix ni avec sa conscience, ni avec le candre dans lequel il vit, et il n'éprouvera que frustration...»⁵. Muchas de las acciones de los inmigrantes musulmanes con trascendencia jurídica no suscitan conflicto con las normas de los países europeos. Pero, en otros supuestos, pueden generarse esos conflictos entre mandatos legales e imperativos de conciencia, especialmente en el contexto de las segundas y terceras generaciones de inmigrantes. Principalmente en las materias de matrimonio, filiación, custodia o Derecho hereditario se produce un choque entre la cultura de origen, a la que deben obediencia por motivos religiosos, y las disposiciones normativas nacionales. La concepción colectiva de la familia musulmana tradicional, marcada por la distinción entre los derechos y deberes de los cónyuges y la primacía del varón, choca con un Derecho de familia occidental de marcado acento individualista y basado en el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad de sexos y la primacía del interés del menor. Esas zonas conflictivas, reflejadas en las dos instituciones mencionadas, la poligamia y el repudio, serán las especialmente analizadas en el trabajo.

2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO MATRIMONIAL ISLÁMICO EN EUROPA

No cabe duda, refiriéndonos a la materia concreta estudiada del Derecho de familia y el matrimonio, que la evolución en los ordenamientos europeos de posiciones en que el Estado buscaba, e imponía a través de su legislación, un proyecto social de familia común conforme a una determinada ética o sistema de valores, hacia la potenciación de la autorregulación de los distintos modelos de familia que existan en la sociedad, fomentando el espacio de libertad como expresión de las distintas opciones individuales en su conformación, favorece las vías de adaptación del Derecho de familia musulmán. Los cauces para lograr tal adaptación son variados. Los intentos de redacción de un Derecho sobre el estatuto personal de los musulmanes que, con la función de código común, fuera aplicado a los ciudadanos de esta religión que vivan en Europa, no parece un camino acertado. Además de la dificultad —sino imposi-

⁵ Cit. en NIELSEN, «Aux sources des revendications des musulmans en matière de Droit de la famille en Europe», AA.VV., *Familles-Islam-Europe. Le Droit confronté au changement* (Dir. M.C. Foblets), Editions L'Harmattan, París, 1996, p. 34.

bilidad— de reunir en un único cuerpo normas religiosas sobre las cuales existen importantes divergencias entre las distintas escuelas musulmanas, abriría un peligroso proceso de multiplicación de los estatutos personales por razones religiosas, que retrotraería el Derecho europeo a otros momentos históricos, y pondría en tela de juicio los fundamentos del Estado laico. Más razonable parece, como señala Carlier⁶, que sean los propios individuos los que introduzcan por vía contractual las prescripciones religiosas de naturaleza personal o real, dentro de los límites de los mínimos exigidos por el orden público interno. Y que corresponda a los jueces, a la hora de buscar la justicia material del caso concreto, hallar la solución adecuada integrando con sensibilidad las cláusulas expresión de la identidad cultural y los principios constitucionales. Desde esta perspectiva el Derecho islámico parte de la ventaja, tal vez desconocida en occidente, de su gran capacidad de adaptación a las circunstancias, a través de fórmulas como la dependencia del consentimiento de las partes en la aplicación de ciertas instituciones permitidas, pero no impuestas, por la ley religiosa, o la noción de necesidad elaborada por los jurisconsultos, que permite actuar según las circunstancias siempre que respeten los principios fundamentales de la *Sharia*⁷.

Si estas consideraciones plantean la cuestión desde la perspectiva de la búsqueda de soluciones en el ordenamiento interno a través de las cuales compatibilizar las exigencias de los nacionales de religión musulmana y el Derecho europeo, otra línea de análisis, por cuanto también manifiesta la incidencia del Derecho islámico en el orden jurídico de los Estados nacionales, es la de los actos o negocios de extranjeros en Europa o de europeos en el extranjero, y la ley aplicable a los mismos a fin de que tengan eficacia en el Derecho interno. Cauce de recepción del Derecho islámico sobre el estatuto personal de los musulmanes de relevancia actual en España, por cuanto el grueso de la inmigración, de procedencia mayoritariamente magrebí, es relativamente reciente y todavía hoy es un porcentaje bajo los que

⁶ Cfr, CARLIER, «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», AA.VV., *Estatuto personal y muticulturalidad de la familia* (ed. Calvo Caravaca), Colex, Madrid, 2000, pp. 33-34.

⁷ En esta sentido, vid., JAHEL, «La lente acculturation du Droit Maghrebin de la famille dans l'espace juridique francais», *Revue Internationale de Droit Comparé*, I (1994), pp. 50-51.

han accedido a la nacionalidad española. Muchos conservan, por tanto, la nacionalidad de sus países de origen.

Desde la perspectiva señalada se examinarán primordialmente las técnicas de conexión del Derecho internacional privado respecto a los actos o negocios que tienen su origen o causa en el matrimonio entre extranjeros, los supuestos de recepción del Derecho islámico por la aplicación de la ley de la nacionalidad del contrayente y los límites de tal recepción por la invocación de la cláusula del orden público del foro, respecto de las dos instituciones citadas de la poligamia y el repudio.

Antes de introducir la exposición en las fuentes del Derecho español, conviene señalar algunas tendencias del Derecho internacional privado actual en los países europeos presentes en el tratamiento de los problemas que plantea la fuerte inmigración musulmana y, en general, el hecho de la multiculturalidad.

A diferencia de etapas anteriores, donde a través de una concepción rígida y extensiva del orden público internacional se intentaba evitar la aplicación de la ley extranjera contrastante con los valores de la sociedad occidental, favoreciendo en los casos de instituciones basadas en otros modelos culturales la invocación de la ley del foro⁸, el Derecho internacional contemporáneo, como ya dijimos, suele huir de soluciones conflictuales uniformes y rígidas. La adopción de fórmulas flexibles, que tengan en cuenta a la vez las exigencias del Derecho extranjero dentro del respeto a la soberanía de los Estados, y la salvaguarda de unas mínimas exigencias del ordenamiento del foro, se refleja en las instituciones claves del ámbito iusprivatista.

En cuanto a los criterios de conexión entre ordenamientos, la nacionalidad sigue jugando un papel destacado como criterio principal. No cabe duda que la aplicación de la ley nacional favorece la conservación de la identidad cultural de los inmigrantes, especialmente cuando provienen de países, como es el caso estudiado, donde el Derecho religioso es codificado con leves retoques en las leyes nacionales que regulan el Derecho sobre el estatuto personal. Pero a la

⁸ Una descripción de lo que se denomina reacción del Derecho internacional privado matrimonial ante el conflicto de civilizaciones, vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudios de Derecho Internacional Privado*, Editorial Comares, Granada 2000, pp. 53 ss.

vez dificulta la integración plena de aquellos individuos que prefieren someterse a las leyes de los países europeos de acogida y puede perpetuar, en casos en que no sea aplicada la cláusula de orden público por jueces o tribunales, supuestos de discriminación de la mujer u otros contrarios a principios o valores constitucionales. De ahí que se haya propuesto en la doctrina establecer un segundo fuero electivo en la ley del domicilio o de la residencia habitual, que permitiría la aplicación del Derecho del foro para aquellos extranjeros que deseen acogerse a las leyes de los Estados europeos. Se consagraría, así, la tendencia insistentemente reclamada en la doctrina iusprivatista a potenciar la autonomía de la voluntad en las técnicas de conexión entre ordenamientos a través de la adopción de fueros electivos que permitan al individuo, destinatario del sistema, decidir sobre la ley aplicable⁹.

Llegados a este punto, el otro factor en conflicto, a fin de modular la aplicación del Derecho islámico a través de la invocación de la ley nacional de los extranjeros, es el del concepto de orden público del cual se parta y la aplicación que de él se haga en sede jurisprudencial. Es decir, la esencia de la cuestión planteada estribaría en identificar los valores de la sociedad occidental que informan los sistemas jurídicos europeos, y que se consideran intangibles frente a la aplicación del Derecho extranjero. Fuera de ellos, en los demás ámbitos libremente podría invocarse aquél. Es evidente que el filtro del orden público no puede servir de instrumento de tutela de la integridad moral de la sociedad nacional, sino, en el marco de una sociedad plural y heterogénea, su función es la de garantizar unos niveles mínimos de seguridad y autonomía individual¹⁰. Dentro de la salvaguar-

⁹ Vid., a favor de esta posición, entre otros, ABARCA, «La regulación de la sociedad multicultural», AA.VV., *Estatuto...*, cit., pp. 176 ss.; CARLIER, «Le Droit confronté a la presence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives?», AA.VV., *Famillies-Islam-Europe. Le Droit confronté au changement* (ed. Foblets), L'Harmattan Editions, París, 1996, pp. 28 ss.; FOBLETS, «Family disputes involving muslims (and muslim women in particular) in contemporary Europe», AA.VV., *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000*, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2001, pp. 267 ss.; GARCÍA RODRÍGUEZ, «La celebración del matrimonio religioso no católico», Tecnos, Madrid, 1999, pp. 301 ss.

¹⁰ Cfr., PASTORE, «Famiglie immigrate e Diritti occidentali: il Diritto di famiglie musulmano in Francia e in Italia», *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXVI, 1 (1993), p. 111.

da de un ámbito de autonomía individual, el núcleo duro de ese orden público internacional lo constituirán los derechos y libertades fundamentales proclamados en las constituciones de los Estados europeos y en las declaraciones internacionales para la protección de los derechos humanos. En el marco de la recepción del Derecho islámico aplicable por el punto de conexión de la ley nacional, cobran singular importancia como límites de orden público frente a la ley extranjera los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y de salvaguarda de los derechos de defensa en los procedimientos de crisis matrimonial. Una vez delimitado el contenido necesario del orden público, esto es, los principios del foro que se tutelan, la aplicación selectiva del juez en un determinado caso ha de determinar si el resultado concreto que ocasiona el Derecho extranjero es admisible en función de dichos principios, evitando caer en la censura del legislador o la norma extranjera *in abstracto*. Por otro lado, la intensidad de la aplicación del orden público también depende del grado de vinculación de la relación jurídica constituida y de las personas que la invocan con el foro. Elementos, en conjunto, que contribuyen a ampliar la discrecionalidad de los jueces en su aplicación, y la flexibilidad de dicha cláusula¹¹.

En todo caso y bajo el presupuesto de la flexibilización de la cláusula de orden público en aras de la protección de la identidad cultural de las minorías o de terceros de buena fe, la jurisprudencia europea utiliza fórmulas a fin de reconocer ciertos efectos de actos o instituciones contrarios al orden público del foro. En ocasiones, aun rechazando los efectos jurídicos del Derecho religioso aplicable por la ley de la nacionalidad, sí lo tiene en cuenta a la hora de interpretar las leyes del Derecho interno de manera mas favorable a la salvaguarda de la identidad cultural del individuo¹². O, en otros, se aceptan ciertos efectos del Derecho extranjero contrario al orden público a fin de evitar las consecuencias perjudiciales a terceros. Así, según se expondrá, la aplicación de un concepto de orden público atenuado llevaría a reconocer algunos derechos a los hijos y a las esposas de

¹¹ Cfr., QUIÑONES ESCÁMEZ, «Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa», Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 49 ss.; 181 ss.

¹² Vid., la exposición de lo que se denomina la aplicación del orden público en dos escalones, BORRÁS, «La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe», AA.VV., *El Islam jurídico y Europa* (ed. Borrás-Mernissi), Icaria Antzayt, Barcelona 1997, pp. 191 ss.

un matrimonio polígamo, parte débil de la relación, aunque se rechace por discriminatoria la eficacia jurídica de la poligamia en el Derecho del foro¹³.

3. LAS NORMAS DE CONFLICTO SOBRE EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como hemos dicho, en la inmigración a España de personas cuyo estatuto personal está regido por la ley musulmana la determinación de su régimen matrimonial plantea la necesidad previa de señalar cuál es la ley aplicable. En este epígrafe expondremos las normas generales del Derecho internacional privado de nuestro ordenamiento en materia matrimonial, sin perjuicio de que más adelante nos detengamos en el comentario y valoración de aspectos singulares en torno a los mismos.

La primera norma de conflicto aplicable, esta de carácter general, es la contenida en el párrafo 1.º del artículo 9 del Código civil: «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte». La nacionalidad de la persona es, pues, la que determina la ley aplicable con carácter subsidiario a otras normas de conflicto específicas dependiendo de actos o situaciones contempladas *ex profeso* en los siguientes artículos del Código civil, y es la directamente aplicable a la capacidad para contraer matrimonio y a los derechos y deberes conyugales.

Por Ley de 15 de octubre de 1990 se modifica el párrafo 2.º del mismo artículo 9, después de que el Tribunal Supremo hubiera declarado la inconstitucionalidad del anterior régimen por cuanto la aplicación, subsidiaria a la ley nacional común, de la ley nacional del marido producía una discriminación por razón de sexo contraria al art. 14 de la Constitución¹⁴. Según la redacción vigente, «los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges

¹³ Vid., una exposición sobre la aplicación del orden público atenuado en el Derecho francés en JAHEL, «La lente...», cit., pp. 34 ss.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 6 de octubre de 1986. Para su consulta, vid., Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RJA), n.º 5.327.

al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegidas por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esa elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por el lugar de celebración del matrimonio». Es de subrayar la mayor flexibilidad que refleja la nueva redacción en el sentido de incrementar, en la línea en la que aboga la doctrina iusprivatista, la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la elección de la ley aplicable. Si bien el hecho de ser fueros jerarquizados y excluyentes y no puramente electivos limita la potencialidad de la reforma en la dirección señalada. Por un lado, la aplicación preferente de la ley de la nacionalidad común, si permite el mantenimiento de la identidad cultural y, en el caso de los musulmanes, acoge el Derecho islámico recibido en su Derecho nacional siempre que no sea contrastante con el orden público español, impide, por el contrario, que los cónyuges puedan optar por la aplicación del Derecho español como manifestación de su deseo de integración o asimilación en la sociedad española. Por otro lado, el momento de la concreción temporal en el que actúa la conexión del art. 9.2 del Código civil, la celebración del matrimonio, tampoco facilita que la voluntad de los inmigrantes pueda cambiar en el futuro y vean cumplido su deseo de acogerse al Derecho español. Sería preferible, en conclusión, que la conexión equilibrara mejor el derecho a mantener la identidad cultural propia y la voluntad de integración de las minorías musulmanas¹⁵. Propósito que se lograría potenciando la autonomía de la voluntad, abriendo la posibilidad de aplicar la ley libremente elegida por las partes entre la de la nacionalidad y la de la residencia habitual. No obstante lo expuesto, el alcance del precepto citado respecto a la materia que tratamos es relativo, por cuanto el Derecho español prácticamente no atribuye efectos personales al matrimonio y, por lo tanto, carece de acciones para exigirlos —sólo la determinación del domicilio conyugal puede plantearse ante el juez—. Si el marido exige a su cónyuge un comportamiento previsto en la legislación islámica y la esposa no lo acata,

A tenor de la antigua redacción, derogada tras la reforma de 1990, «...las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional del marido al tiempo de la celebración».

¹⁵ Vid., en este sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ, «Derecho e inmigración...», cit., pp. 44 ss.; ZABALA ESCUDERO, «Efectos del matrimonio y sociedad multicultural», AA.VV., *Estatutos...*, cit., pp. 22 ss.

aquél no tendrá acción que le permita llevar el caso ante el juez español, por lo que nunca se planteará el problema de la ley aplicable en España.

Mayor alcance respecto a la regulación de nuestra materia tiene la norma conflictual aplicable al régimen económico matrimonial. El párrafo 3.º del mismo texto legal establece: «Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rijan los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento». En esta norma el legislador, de manera más decidida que en el párrafo 2.º, potencia la autonomía de la voluntad a la hora de determinar la ley aplicable. La flexibilidad de la regulación permite a los cónyuges elegir, a través de pactos o capitulaciones, el régimen económico del matrimonio entre la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual.

Por último, el artículo 107, párrafo 1.º del Código civil establece la ley aplicable en las causas de separación y divorcio: «La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes». A falta de una nacionalidad común, la norma de Derecho internacional privado permite a las partes una cierta capacidad de elección de la ley aplicable, a través de una actividad de *forum shopping* por la cual determinen la ley que regirá su separación o divorcio y que luego obtendrá el *exequatur* en el Derecho español¹⁶.

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA POLIGAMIA; EFECTOS DERIVADOS DEL MATRIMONIO POLÍGAMO

Como es bien sabido, el Derecho islámico prohíbe el matrimonio de la mujer con más de un varón pero, sin embargo, permite el matrimonio del varón hasta con cuatro esposas a la vez. Es verdad que la poligamia es una posibilidad no obligada por la *Sharia*, que puede

¹⁶ Cfr., CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio...*, cit., pp. 209 ss.

ser excluida en los pactos que contiene el contrato matrimonial, y que se ha tratado de limitar en las leyes sobre el Derecho de familia de los Estados musulmanes¹⁷.

No cabe duda que la poligamia es uno de los aspectos de la capacidad para contraer matrimonio según el Derecho islámico que más directamente contrasta con los principios y valores de los ordenamientos europeos. En occidente la monogamia en el matrimonio es un valor protegido por el ordenamiento. Es más, la reiterada aplicación de la cláusula del orden público por parte de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante DGRN) para excluir la eficacia directa de los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero o para denegar el matrimonio civil a personas vinculadas en un matrimonio anterior —resoluciones que expondremos y comentaremos en las siguientes líneas—, significa que, en la interpretación del Centro Directivo, la monogamia es un elemento esencial en la concepción del matrimonio del Derecho español, y, por tanto, su exigencia constituye un pilar central en la aptitud nupcial¹⁸.

¹⁷ Incluso, yendo más allá, el Código sobre el estatuto personal de Túnez prohíbe expresamente la poligamia en su artículo 18,1. En Marruecos, el Código de la Familia de 2004 continúa admitiéndose la poligamia del varón. No obstante, se incrementan las restricciones, de manera que su ejercicio efectivo se hace depender tanto de su aceptación por la esposa como de la autorización del juez. Subsiste la posibilidad de prohibición previa en el contrato matrimonial. Pero la novedad del Código es el completo sometimiento judicial del derecho del varón a un segundo o ulterior matrimonio. Se perfila un procedimiento en el cual los esposos deben comparecer ante el tribunal, que realizará un intento de conciliación, informará del hecho de la situación polígama a la futura esposa y, finalmente, autorizará o no el matrimonio. La autorización se hace depender de condiciones tasadas: además de la ya tradicional de que el juez se convenza de que el marido guardará la igualdad de trato y la equidad entre las esposas, aquél deberá demostrar que existe una justificación objetiva y excepcional para el matrimonio, y que posee recursos suficientes para el mantenimiento de la familia actual y futura (art. 41).

¹⁸ Vid., en este sentido, ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 122 ss., quien señala, además de la monogamia, la libertad consensual, la heterosexualidad y la exogamia como elementos nucleares del matrimonio español, y, así, constitutivos de la aplicación de la excepción de orden público internacional. En todo caso, habría que afirmar, siguiendo a Ferrari, que si hoy existe un debate a fin de abandonar el principio de la heterosexualidad otorgando valor jurídico a las uniones homosexuales, como de hecho ha sucedido en varios países europeos, entre ellos en España, ¿cómo justificar la exclusión del reconocimiento de las uniones poligámicas por el principio de la monogamia, tan incardinado en la tradición occidental como el an-

Consideración deducida de la axiología de nuestro ordenamiento a la que se suman otras razones de índole económica y fiscal, que gravan sobre el sector público, y que, en conjunto, motivan el rechazo general en el Derecho europeo a aceptar la eficacia de los matrimonios polígamos: las ayudas familiares multiplicadas por el número de esposas e hijos —estos últimos naturalmente más numerosos—, las desgravaciones fiscales por cada mujer e hijos, el incremento del gasto sanitario y escolar, la multiplicación de las pensiones, etc.¹⁹. Gastos del erario público que, en todo caso, también podrían ser socialmente compensados por la aumento de la natalidad que significaría admitir estos matrimonios, en una Europa donde los índices de natalidad negativos suponen un grave problema para la economía nacional y el sistema de pensiones nacional.

En el Derecho europeo la consideración de la poligamia varía según el grado de conexión personal del cónyuge con el Derecho interno; si es un nacional quien contrae el segundo o ulterior matrimonio porque su estatuto religioso se lo permite, será radicalmente

terior? Cfr., FERRARI, «Diritto de Famiglia e libertá di coscienza. Problemi italiani e prospettive europeee», AA.VV., *Derecho de Familia...*, cit., pp. 174.

¹⁹ Según afirma García Rodríguez, «...en el fondo para los ordenamientos occidentales el problema, más que ético o moral, es económico. Por consiguiente, salvo por la contrariedad con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo de los ordenamientos religiosos, reconocidos en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y en nuestra Constitución entre otros textos, no existen diferencias entre los matrimonios polígamos y los matrimonios monógamos simultáneos a uniones de hecho...» GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración...*, cit., pp. 306. Incidiendo en esta misma idea, la autora considera una hipocresía moral que se rechace la poligamia legal y se acepten socialmente las «poligamias de hecho» de la mujer legal junto con la otra mujer —García Rodríguez recuerda el caso de la presencia de ambas y de una hija de la segunda en el entierro del Presidente de la República Francesa Mitterrand—. Considera, finalmente, que la prohibición de la poligamia impide el mantenimiento de una institución de la cultura islámica. (Ibidem, pp. 276 ss.). A mi modo de ver y reconociendo que la autora tiene parte de razón, el argumento social no invalida la consideración actual del matrimonio y de sus caracteres esenciales en nuestro ordenamiento, donde, hoy por hoy, la monogamia constituye un valor central. Por otro lado, el acento que se da a la necesidad de respeto a la poligamia en Europa como factor cultural islámico desconoce que es una institución tolerada, pero no obligada, por el Derecho religioso, y que incluso en las últimas décadas se está intensificando la tendencia en los propios ordenamientos nacionales de países islámicos a restringirla, cuando no a prohibirla. Además, es indudable que su práctica es un factor que dificulta la integración en occidente; así, como veremos, ha sido considerado en algunos Estados europeos; tal es el caso de Francia.

nulo el matrimonio sin que se le reconozca efecto alguno. Por el contrario, el matrimonio polígamo celebrado en el exterior, entre extranjeros, en el que uno o ambos adquieren posteriormente la nacionalidad del país de acogida, en algunos ordenamientos, aunque rechazan la eficacia directa del matrimonio, sí le reconocen ciertos efectos atenuados.

Este es el caso del Derecho francés, donde la jurisprudencia otorga la eficacia del matrimonio putativo a un segundo enlace, de tal manera que la mujer y los hijos de aquél pueden beneficiarse de la sucesión hereditaria y del derecho de alimentos, y las esposas entran en condiciones de igualdad en la liquidación del régimen económico-matrimonial. Si bien el Estado sigue negándose a extender a la segunda o a otras esposas la pensión de la Seguridad Social o los beneficios sanitarios, cuyo derecho a su percepción sólo reconoce a la primera esposa. En todo caso, a partir de 1993 se evidencia una tendencia en la legislación francesa a restringir los derechos y beneficios respecto a la situación de poligamia del individuo. La Ley de 1993 que modifica las condiciones para adquirir la nacionalidad francesa, requiere la asimilación lingüística y de costumbres del solicitante. Según el Consejo de Estado, en Dictamen de 11 de febrero de 1994, la poligamia supone una falta de asimilación incontestable, motivo suficiente para denegar el acceso a la nacionalidad. El rechazo es aplicable, claro está, a los varones unidos en matrimonio polígamo en el momento de la petición. Utilizando el mismo criterio y con igual finalidad, la Ley de 1995 sobre inmigración permite el reagrupamiento familiar sólo a una esposa, cualquiera con la que el varón se haya desposado, y a los hijos de esta²⁰.

En el Derecho español y respecto a este último problema del reagrupamiento familiar de los extranjeros residentes, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranje-

²⁰ Vid., una exposición de la jurisprudencia y de la legislación francesa al respecto, *ibidem*, pp. 278 ss.; DÉPREZ, «Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de Droit International Privé», AA.VV., *Familles...*, cit., pp. 88 ss. Respecto a los criterios de la jurisprudencia en el otorgamiento de efectos civiles en Italia a matrimonios polígamos celebrados en el extranjero, vid., entre otros, CAMPIGLIO, «Famiglia e Diritto Islamico. Profili internazionale-privatistici», AA.VV., *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche* (ed. S. Ferrari), Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 178; FERRARI, *Diritto...*, cit., pp. 170-171.

ros en España y su Integración Social, también limita el derecho a una esposa y a los hijos tenidos con esta, u otros sobre los que el padre ejerza en solitario la patria potestad o la custodia. El artículo 17 de la Ley excluye el reagrupamiento de «...más de un cónyuge, aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial...» y concede el permiso de residencia a «...los hijos del residente y del cónyuge... (y los) hijos de un solo cónyuge... que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo...» Vemos, pues, que implícitamente se reconoce al varón, en el caso de matrimonios polígamos, el derecho a elegir a la esposa que podrá solicitar la residencia por reagrupamiento. Situación paradójica la de nuestro Derecho y la de otros Derechos europeos que siguen el Reglamento sobre extranjería de la Unión Europea de 1996, por cuanto se rechaza la institución de la poligamia por vulnerar la igualdad entre los sexos pero consolidan la situación discriminatoria frente a la mujer, al otorgar al varón la potestad, con efectos jurídicos, de elegir entre las esposas²¹.

Respecto del problema de reconocimiento de efectos civiles de los matrimonios polígamos en el Derecho español y sin entrar en la interesante cuestión histórica del régimen jurídico permisivo que existió en el pasado para los territorios de Ifni y Sahara²², el supuesto más frecuentemente sometido al dictamen de la DGRN es el de la inscripción en el Registro Civil del matrimonio celebrado en Marruecos según la ley islámica entre dos nacionales de ese país, y después cualquiera de ellos o los dos obtienen la nacionalidad española. Si de la documentación aportada resulta que el varón ya estaba casado, no es admisible la inscripción del segundo o ulterior matrimonio en el Registro. Aunque este enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, la ley extranjera debe quedar excluida. La razón

²¹ Vid., esta observación crítica, en QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, cit., pp. 54-55.

²² La Ley de 19 de abril de 1961 sobre régimen jurídico en la provincia de Sahara respetaba el estatuto personal islámico de los naturales de la provincia; por lo tanto, se admitía el matrimonio polígamo entre ellos, cuando para el resto de los españoles el principio de la monogamia del matrimonio era considerado un aspecto esencial del mismo, aspecto que, igualmente, trascendía a considerar contrario al orden público interno los matrimonios polígamos de extranjeros. Antes de la promulgación de la Ley, el Protocolo final del Concordato de 1953 garantizaba el respeto al *status quo* en los territorios de soberanía española en África.

de ello, reitera el Centro Directivo ante casos análogos planteados, es la invocación de la «...excepción de orden público internacional (cfr. artículo 12-3 del Código civil), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio polígamo, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio...»²³.

Igualmente la DGRN excluye el reconocimiento de segundos matrimonios celebrados según el rito coránico entre un español y una mujer marroquí en Marruecos, cuando el varón español se encontraba vinculado por un matrimonio anterior subsistente. Aunque en principio los matrimonios de españoles en el extranjero se rigen por la ley de celebración y la forma sea válida, es necesario para practicar la inscripción comprobar si han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del enlace, según el artículo 65 del Código civil. En estos casos el segundo matrimonio es inexistente para el Derecho español y no puede tener acceso al Registro Civil por concurrir el impedimento de ligamen (artículos 46.2.º y 73.2.º del Código civil). «El principio constitucional de libertad religiosa» —concluye la Dirección— «no alcanza a dar eficacia civil a un matrimonio exclusivamente religioso cuando uno de los contrayentes carece de la capacidad para contraerlo, regulada por la ley civil...»²⁴.

En otros supuestos, la DGRN deniega el certificado de capacidad matrimonial previo a la celebración civil a un español de religión musulmana al comprobar que se encuentra vinculado en un anterior matrimonio²⁵. Pero si existieran dudas sobre este hecho, o las pruebas presentadas no fueran concluyentes, debe prevalecer el *ius nubendi* y ha de autorizarse el matrimonio²⁶.

²³ En este sentido, vid., Resoluciones de 3 de diciembre de 1996, 20 de febrero de 1997 (3.ª), 10 de junio de 1998 (2.ª), 8 de abril de 1999, 30 de septiembre de 1999. Anuario de la Dirección General de Registros y del Notariado [ADGRN] (1996), pp. 2519-2521; (1997), pp. 1363-1365; (1998), pp. 2747-2748; (1999), pp. 3128-3130; (1999), pp. 3819-3822.

²⁴ Resolución de 27 de octubre de 1992, ADGRN, (1992), pp. 1677-1679.

²⁵ Así, Resolución de 8 de marzo de 1995, ADGRN (1995), pp. 1334-1335.

²⁶ Así, Resoluciones de 21 de junio de 1994 y 13 de junio de 1997 (1.ª); ADGRN (1994), pp. 1522-1524; ADGRN (1997), pp. 1833-1835. Para un comentario, vid., ALENDA SALINAS, «Derecho de Familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España», AA.VV., *Derecho de Familia...*, cit., pp. 304-305.

Tanto en los casos de matrimonios polígamos celebrados en el extranjero por extranjeros que después adquieren la nacionalidad española, como por españoles con extranjeros según la *lex loci*, la general ineficacia de las segundas o ulteriores uniones para el ordenamiento español —ya por la excepción del orden público, o por la consideración de inexistencia de los mismos de los mismos— no cierra la puerta a la admisión de algunos efectos limitados²⁷. De hecho indirectamente la DGRN reconoce su posible existencia cuando, en las resoluciones que se refieren a la eventual inscripción en el Registro Civil de segundos matrimonios de extranjeros en el extranjero, añade: «No es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio pueda producir para el ordenamiento español»²⁸. Pero también la DGRN ha considerado expresamente la posibilidad de producir los efectos del matrimonio putativo ante la eventualidad de matrimonios nulos o, aplicándoles análogamente la regulación de los matrimonios nulos, a los matrimonios inexistentes. En la Resolución de 23 de mayo de 1994²⁹ se reclama la nulidad de un matrimonio musulmán celebrado en España entre dos personas de nacionalidad siria y alemana. La Dirección considera que el matrimonio fue válido, puesto que se celebró según la forma admitida, en principio, por la ley personal de uno de los contrayentes. En todo caso, afirma, «...no ha de impedir, a la vista de los artículo 61 y 79 del Código civil y 70 de la Ley del Registro Civil, que aquél enlace haya de surtir, al menos, los efectos del matrimonio putativo y, por consiguiente, siempre el carácter matrimonial de la filiación discutida, puesto que, incluso en el supuesto mas desfavorable de que el matrimonio no fuera inscribible y llegara a ser declarado nulo por los Tribunales, la filiación matrimonial del hijo quedaría a salvo conforme al artículo 79 del Código civil, al existir, desde luego, el *minimum* de forma que debe exigirse para el llamado matrimonio puta-

²⁷ Aunque, en puridad, la inexistencia del matrimonio para el Estado debiera aparejar su total ineficacia. Sobre la distinción y sus consecuencias jurídicas entre matrimonios inexistentes y nulos, vid., ALENDA SALINAS, «Eficacia civil de un matrimonio musulmán celebrado en España con anterioridad a la Ley 26/1992, de 10 de noviembre». (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 29 de diciembre de 1998, *Il Diritto Ecclesiastico*, 3 (2000), pp. 626-629; IDEM, *La tutela estatal del matrimonio*, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, pp. 93 ss.

²⁸ Vid., Resoluciones citadas en la nota 23.

²⁹ ADGRN (1994), pp. 1426-1430. En el mismo sentido, vid., ALENDA SALINAS, *Derecho...*, cit., p. 311.

tivo». En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 10 de julio de 1996³⁰, ante un caso de denegación de inscripción de un matrimonio contraído en Marruecos por no haberse disuelto el matrimonio anterior de la esposa: «...Es cierto, tal y como resulta de las actuaciones, que la promotora no ha obtenido el divorcio de su primer matrimonio, por lo que, en consecuencia, el impedimento de ligamen le impediría celebrar un nuevo enlace (cfr. artículo 46 del Código civil). Pero no es menos cierto que el matrimonio posterior celebrado en España, con un nacional argentino, de acuerdo con la confesión religiosa islámica, cumple los requisitos formales exigidos (cfr. artículos 49, 59 y 60 del Código civil y 7 de la Ley 27/1992, de 10 de noviembre), siendo, por tanto, aparentemente válido. El hecho de que ese matrimonio no pueda ser inscrito en el Registro Civil por las razones apuntadas, no ha de impedir, conforme a los artículos 61 y 79 del Código civil, que el matrimonio islámico haya de surtir al menos, los efectos del matrimonio putativo y, por tanto, siempre el carácter de filiación matrimonial del menor, cuya inscripción, y mediatamente, su filiación se pretende rectificar, al existir una apariencia objetiva de celebración de matrimonio y demás requisitos mínimos que deben exigirse para la existencia del llamado matrimonio putativo».

En cuanto al reconocimiento de efectos indirectos de la poligamia en nuestra jurisprudencia, encontramos resoluciones dispares. Según las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 2 de abril de 2002 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de julio de 2002, el respeto al Derecho extranjero, la conexión débil del supuesto con el Derecho español —un matrimonio polígamo entre nacionales de Gambia y celebrado en ese país, legítimo según su ley personal— y la equidad que aconseja que la segunda mujer no quede desprotegida, llevan a la aplicación de un orden público atenuado por el cual, rechazando el efecto directo de la poligamia en el Derecho español, sí se admiten ciertos efectos indirectos, como el derecho a la pensión de viudedad de la segunda mujer. La solución aplicada es la de repartir la pensión que corresponde al marido premuerto entre las dos mujeres según el tiempo de convivencia con el causante.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de julio de 2003, resuelve la reclamación de una mujer que había contraído en primeras nupcias matrimonio islámico en Gambia con

³⁰ RJA, (1996), n.º 9703.

un hombre, ambos de nacionalidad de ese país, contra la resolución de la Seguridad Social dividiendo la pensión de viudedad entre ella y una segunda mujer con la que posteriormente también se casó. La primera mujer solicita que se le conceda a ella la totalidad de la pensión. El Tribunal, en sentido contrario a la línea jurisprudencial anteriormente expuesta —a la que se une en su voto particular uno de los magistrados—, atiende la reclamación de la mujer considerando que, a pesar de que la poligamia islámica en Gambia es legítima y que, en principio, debe aplicarse al caso el ordenamiento que corresponda a la ley personal, la institución de la poligamia es, sin embargo, contraria a la monogamia del matrimonio en España, criterio esencial en nuestro ordenamiento que ha de ser considerado constitutivo del orden público español. Rechazada, por tanto, la aplicación del Derecho extranjero, rige, en sustitución, el Derecho español. Según éste el segundo matrimonio es nulo de pleno Derecho, sin que pueda desplegar efecto alguno. Al no tener la consideración de esposa legítima la mujer con la que con posterioridad al primer matrimonio contrajo nupcias, no tiene derecho alguno a la pensión de viudedad.

Creo que, en definitiva, la primera línea jurisprudencial, y no la solución dada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña comentada, equilibra convenientemente los principios de nuestro Derecho matrimonial, el respeto al Derecho extranjero y la protección económica de los convivientes, en un problema que, como otros de la sociedad multicultural, será objeto de una creciente litigiosidad.

5. LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL; ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL REPUDIO UNILATERAL

El Derecho islámico clásico admite una serie de expedientes de extinción del vínculo matrimonial conocidos en el Derecho occidental, aunque varíen en sus causas, condiciones de ejercicio o efectos. Estos son, principalmente, la nulidad del matrimonio y la disolución. En el último capítulo señalado, la disolución, además de admitir causas también recibidas en el Derecho europeo, como el fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio por mutuo acuerdo y el declarado por resolución judicial a instancia de una de las partes y ante determinadas circunstancias reguladas por la ley, el Derecho musul-

mán admite el repudio unilateral del marido (*talak*) como medio desvinculatorio automático.

No cabe duda que este privilegio que se le otorga al varón casado de poner fin al matrimonio sin necesidad de motivar su decisión y sin ni siquiera tener que ser refrendado por la autoridad judicial, es el medio de extinción del vínculo de mas problemática aceptación para los ordenamientos que, en general, acogen los principios de igualdad y no discriminación por razón del sexo de la persona. Pero también plantea problemas para su reconocimiento otros aspectos del *talak* islámico, como el carácter revocable en sus dos primeras formulaciones —puede ser irrevocable cuando la fórmula prescrita se haya pronunciado tres veces, o a través de una fórmula única que se le atribuye los efectos de la triple fórmula, la disolución automática—, y su carácter de «divorcio privado» o sin intervención judicial.

Las respectivas legislaciones de los Estados musulmanes, a excepción de Túnez³¹, en principio reconocen, tal y como prescribe la *Sharia*, el derecho del marido de repudiar a la mujer. Si bien introducen en la regulación de dicha institución importantes limitaciones a lo que, en su formulación clásica, constituye un derecho omnímodo e incontrolado del varón. En el Código de la Familia marroquí el repudio del varón, registrado ante dos notarios, necesita la autorización judicial para que obtenga eficacia. Se abre, entonces, un procedimiento ante el tribunal en el que el órgano judicial intenta la reconciliación de los esposos y, lo que es más importante para la mujer, fija la dote de consolación si falta la causa o de ésta no se deduce la culpabilidad de la mujer. La novedad de la reforma es que obliga al marido a depositar cautelarmente, en un plazo de treinta días, el dinero correspondiente a las deudas que contrae con la mujer y los hijos por la disolución del matrimonio: por la dote diferida, la dote de consolación que aprecie el juez, la manutención de la mujer durante el periodo de *idda* o de continencia de la mujer —unos tres meses— y las pensiones alimenticias a favor de los hijos durante el tiempo que el juez determine (art. 83). Si el marido deposita estas cantidades, el juez autorizará el divorcio y lo registrará. En

³¹ El artículo 31 del Código del estatuto personal concede a ambos cónyuges iguales derechos; el tribunal pronuncia el divorcio en caso de consentimiento mutuo de los esposos, a demanda de uno de los esposos en razón del perjuicio sufrido, o a demanda del marido o de la mujer.

caso contrario, se entenderá que renuncia a su intención de repudiar. No cabe duda que el depósito ordenado en el Código representa un importante freno ante repudios poco reflexivos o inmotivados. Igualmente en Argelia se ha judicializado el acto de repudio, exigiendo que éste sea aprobado por el juez que, sin entrar en los motivos, vela por el cumplimiento de las obligaciones económicas del marido a favor de la mujer.

Respecto a los medios de desvinculación del Derecho islámico y su eficacia en los ordenamientos europeos, en línea de principio habría que afirmar que la igualdad y la no discriminación por razón del sexo de las personas, en su juego en el Derecho internacional privado, conduce a que actúe el filtro del orden público para negar efectos a toda norma o institución del Derecho extranjero que sitúa a uno de los cónyuges en una posición de desventaja respecto al otro³². Desde esta perspectiva la aplicación del orden público en su sentido tradicional llevaría a rechazar de plano la eficacia del repudio (*talak*) como acto unilateral desvinculatorio del marido al que no puede hacer uso la mujer. Sin embargo y en línea de principio, coincidimos con Carrascosa González cuando afirma que «...es el resultado de la aplicación de la normativa extranjera lo que debe vulnerar los principios básicos de nuestro Derecho matrimonial, no el contenido abstracto de la ley extranjera...»³³. En el supuesto del repudio unilateral, el total desconocimiento de esta institución podría llevar aparejado el perjuicio de la mujer que, aunque no lo haya decidido, consiente en el divorcio, y que posee unas expectativas económicas que no deben quedar defraudadas. De ahí que la jurisprudencia europea suela adoptar una postura flexible frente al repudio islámico, admitiendo

³² Subraya el carácter discriminatorio del repudio, como un ejemplo más de la situación de inferioridad de la mujer en la relación jurídica matrimonial, MORENO ANTÓN, «El matrimonio islámico ante el Derecho español», AA.VV., *Derecho de Familia...*, cit., p. 624.

³³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo», AA.VV., *Estatuto...*, cit., p. 57. (Subrayado del autor). La afirmación transcrita del autor, aun siendo en sus líneas generales cierta, debe ser matizada. Si el contenido abstracto de la ley extranjera choca frontalmente contra los principios del foro, no podrá considerarse como relación o situación válida la que traiga causa en ella. Si la ley extranjera se limita a incorporar valores distintos, habrá que atender al resultado, y si éste no merma los principios de la *lex fori*, no actuará la cláusula del orden público impidiendo su aplicación. Vid., al respecto, ESPINAR VICENTE, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2000, pp. 147 ss.

sus efectos siempre que se cumplan unas condiciones que garantizan la defensa de los derechos y la posición de igualdad de la mujer³⁴.

En Francia la aplicación a esta institución de un orden público atenuado³⁵ lleva al reconocimiento de los efectos desvinculatorios del repudio unilateral, siempre que se cumplan ciertas condiciones. En los casos de repudio definitivo, antes de 1980 la jurisprudencia exigía para su eficacia en el Derecho interno que la mujer previamente consintiera al mismo. A partir de la década de los ochenta, la Corte de Casación considera suficiente para conceder el *exequatur* que en el procedimiento del repudio se hayan garantizado los derechos de defensa de la mujer según unas garantías procesales mínimas y que obtenga una compensación económica mínima³⁶. En general podría afirmarse la consolidación de una cierta tendencia en la jurisprudencia a no obstaculizar el efecto primero e inmediato del repudio de desvincular el matrimonio —siempre que conste el consentimiento o asentimiento de la mujer—, pero sometiendo a un control riguroso los efectos indirectos, económicos y respecto a la filiación, a fin de garantizar a la mujer las pensiones alimentarias suficientes y el ejercicio de la patria potestad compartido con el padre³⁷.

En el Derecho español, la norma de conflicto aplicable es la dispuesta en el artículo 107 del Código civil, que señala que para las

³⁴ Vid., el reconocimiento en países como el Reino Unido u Holanda, con un breve comentario de la jurisprudencia, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Divorcios...*, cit., pp. 46-47. Para un amplio desarrollo de la evolución que ha experimentado la jurisprudencia europea —centrándose en los casos de Francia, Bélgica, Alemania, Gran Bretaña, Holanda, Suiza y Italia—, vid., QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, cit., pp. 139 ss.

³⁵ Vid., una definición del concepto de orden público atenuado en FOBLETS, «Un droit pour ou par ses destinataires? Les complexités du rattachement juridique de l'alliance matrimoniale entre partenaires immigrés», AA.VV., *Famillies...*, cit., p. 143, nota 33.

³⁶ Vid., sobre los efectos del repudio en el Derecho francés, entre otros, DÉPREZ, *Statut...*, cit., págs. 91 ss.; FOBLETS, *Un droit...*, cit., pp. 142 ss.; PASTORE, *Famiglie...*, cit., pp. 95 ss. En el Derecho italiano el reconocimiento del repudio se sujeta a que concurra el consentimiento de la mujer, y que se pruebe la intervención del juez supervisando su procedencia y garantizando el cumplimiento de los efectos desvinculatorios del mismo. Vid., CAMPIGLIO, *Famiglia...*, cit., p. 184; FERRARI, *Diritto...*, cit., p. 172.

³⁷ Así, vid., refiriéndose a los Derechos francés y belga, QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, cit., pp. 145 ss.

causas de separación y divorcio regirá, en primer lugar, la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, la ley de la residencia habitual; o si la residencia fuera en diferentes Estados, por la ley española³⁸. El procedimiento de reconocimiento era el general del *exequatur* de sentencia extranjera seguido ante el Tribunal Supremo (TS). Sin embargo, en el supuesto de las resoluciones marroquíes la competencia cambia con la entrada en vigor del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de Marruecos y el Reino de España, de 30 de mayo de 1997³⁹, en cuyo artículo 25 se dispone que la ejecución de las resoluciones corresponderá al tribunal de primera instancia —se entiende que del domicilio del demandante o de ambos cónyuges— de cada uno de los Estados⁴⁰.

En las ejecuciones de divorcios anteriores al Convenio de 1997, el TS no plantea ningún problema en otorgar el *exequatur* en casos de repudios declarados por el marido pero instados por la mujer, a cambio de una compensación económica —supuesto del repudio *Khol*—; el TS, a la luz de los requisitos del artículo 954 de la antigua Ley de enjuiciamiento civil, exceptuado de la derogación por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, declara la procedencia de la ejecución por no vulnerar derecho constitucional o principio rector de nuestro ordenamiento⁴¹. Sí es cuestionada la eficacia de los repudios unilaterales del marido.

³⁸ Es cierto que las normas de conexión jerarquizadas resultan un tanto rígidas, puesto que la ley de la nacionalidad común impide a los contrayentes aplicar el Derecho del país en que residen y, por el contrario, la residencia común ante una distinta nacionalidad veta a las partes el invocar el Derecho de su identidad cultural —en nuestro caso el Derecho islámico— si los dos fueran musulmanes. De ahí que algún autor haya propuesto incluir una cláusula que dejara a la voluntad de las partes elegir la ley aplicable, o bien convertir las normas de conflicto en electivas. Cfr., CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio...*, cit., pp. 209 ss.

³⁹ *BOE*, n.º 151, de 25 de junio de 1997.

⁴⁰ Con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio —dos meses después de su publicación— el TS se ha declarado incompetente en la ejecución de las sentencias de separación o divorcio marroquíes, a favor de los tribunales de primera instancia. Así, vid., ATS de 7 de julio de 1998 (RJA, n.º 6088), y 16 de marzo de 1999 (RJA, n.º 2149).

⁴¹ Así, vid., ATS de 27 de enero de 1998 (RJA, n.º 2924) y 8 de junio de 1999 (RJA, n.º 4346). Para un comentario de la jurisprudencia del TS en torno a la materia, vid., ALENDA SALINAS, *Derecho...*, cit., pp. 313-315.

Las objeciones de orden público de los tribunales o de la DGRN en la solicitud de inscripción de matrimonios frente a los repudios, se dirigen a distintos aspectos de esta institución de desvinculación del Derecho islámico. El posible carácter revocable del repudio es suficiente para impedir cualquier eficacia en el ordenamiento español. La disolución del vínculo tiene en nuestro ordenamiento las notas de ser definitiva e irrevocable; la revocabilidad es contraria a la estabilidad y certeza de las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, en el caso del repudio islámico, a la igualdad de derechos y deberes entre marido y mujer, principios integrantes del orden público internacional que impiden la concesión del *exequatur*⁴². Asimismo el carácter con que le dota el Derecho islámico clásico de «divorcio privado» decidido unilateralmente por el marido puede ser considerado contrario al principio de la necesaria intervención de una autoridad pública en la disolución del vínculo. Si bien, como vimos, los legisladores de los Estados musulmanes tienden a someter la decisión del varón al control del juez o de otra autoridad civil. La consideración del TS de la suficiencia o no del requisito exigido por el Derecho marroquí de que el repudio sea autorizado por dos *adules*, se hace depender de su intervención como autoridad judicial o funcionario público revestido de *imperium*, o como meros fedatarios públicos. No obstante, las resoluciones sobre *exequatur* que se han analizado resultan contradictorias. En algunos casos se acepta, sin plantearla como óbice al *exequatur*, que la intervención de los notarios es suficiente para cumplir con la condición de supervisión de la legalidad por parte de la autoridad pública⁴³. En otros se deniega porque

⁴² Cfr., ATS de 23 de julio de 1996 (RJA (1988), n.º 2907). No obstante, y como señala Quiñones Escámez, el carácter revocable del repudio es, en el caso resuelto, mal entendido. El Auto no tiene en cuenta que en Derecho marroquí si el marido deja expirar el plazo de tres meses sin reconciliarse con su mujer, el repudio deviene en irrevocable. Plazo que había transcurrido con creces en el supuesto. Cfr., QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, cit., p. 167. En el mismo sentido, vid., Resoluciones de la DGRN de 27 de abril de 1999 (4.^a) y 2 de noviembre de 1999 (2.^a). ADGRN (1999), pp. 3196-3198; (1999), pp. 3999-4001.

⁴³ Así, ATS de 23 de julio de 1996. En otras resoluciones el TS ha admitido que si el notario no se limita a su función de fedatario, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen «...competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujeta la ruptura del vínculo... no cabe desconocer en la intervención notarial la existencia de un cierto ejercicio de funciones de homologación... como autoridad o funcionario...» ATS de 20 de enero de 1998 (RJA, n.º 2667).

no resulta probado que los *adules* autorizantes del divorcio actúan desempeñando funciones jurisdiccionales o de fedatarios públicos⁴⁴. Atendiendo al Derecho material marroquí, las funciones de los *adules* adscritos a los tribunales son cuasi-judiciales; además, y como se pone de relieve en el ATS de 17 de septiembre de 1996⁴⁵, se sigue la homologación del acto por el juez notarial-cadí adscrito al tribunal que, desempeñando funciones jurisdiccionales, debe defender los intereses de la mujer y, en concreto, la satisfacción del marido de las debidas compensaciones económicas. La denegación del *exequatur* no debe fundarse, por tanto, en la falta de intervención de autoridad pública.

Pero además de los problemas que plantea la revocabilidad del repudio o su carácter privado, subsiste la interrogante de la adecuación de éste modo de desvinculación del Derecho islámico al ordenamiento español. En etapas históricas anteriores y debido al respeto al estatuto personal de los musulmanes nacidos en los territorios de Ifni y Sahara, el repudio, así como otras causas de disolución declaradas por los tribunales coránicos, eran plenamente válidas en el Derecho español⁴⁶. No así para el resto de los españoles, sometidos a la indisolubilidad del matrimonio como principio de orden público. Una vez admitido el divorcio como medio de disolución del matrimonio, nuevos argumentos llevan a la DGRN a rechazar de plano, por su contradicción con los principios y valores constitucionales, la posibilidad de eficacia civil del repudio islámico. «La disolución del matrimonio de una persona de nacionalidad española —afirma la Resolución de 1 de octubre de 1997⁴⁷— sólo es posible por las tres causas que menciona el artículo 8 del Código civil ...y entre ellas no

⁴⁴ Así, ATS de 6 de febrero de 1996 (RJA (1998), n.º 7192) y de 23 de julio de 1998 (RJA, n.º 5337). En todo caso, hay que mencionar que el TS sí ha admitido la validez del divorcio privado otorgado ante notarios de Cuba cuando el solicitante del *exequatur* pruebe que el notario realiza funciones equivalentes a la del juez español en los casos de divorcio. Vid., entre otras, ATS de 4 de febrero de 1997 (RJA, n.º 5341), 12 de mayo de 1998 (RJA, n.º 4344) y 20 de enero de 1998 (RJA, n.º 2667).

⁴⁵ RJA (1998), n.º 2908.

⁴⁶ En el supuesto de un vecino de Villacisneros, divorciado según los tribunales coránicos, que quiere contraer matrimonio con una española, la DGRN, en Resolución de 18 de septiembre de 1971, autoriza el matrimonio declarando la validez del divorcio islámico, en todas sus variantes, por aplicación del estatuto personal del conyugado. ADGRN (1971), pp. 320-325. Un comentario de la Resolución, vid., NAVARRRO VALLS, «Estatuto personal islámico y eficacia en el Derecho español del repudio unilateral», *Revista de Derecho Canónico*, XXVIII, 1972, pp. 363 ss.

⁴⁷ ADGRN (1997), pp. 2177-2179.

se encuentra la repudiación unilateral que haga el marido de su mujer... El repudio es una figura manifiestamente contraria al orden público español (cfr. artículo 12.3) como discriminatoria de la mujer y desconocedora de su personalidad y de su dignidad constitucional. Consiguientemente no hay posibilidad alguna de conceder eficacia directa en el Ordenamiento español a un repudio formalizado en el extranjero por un ciudadano español...» Si bien admite la posibilidad de que sí se reconozcan ciertos efectos indirectos; «...Cuestiones completamente distintas y ajenas a la ahora debatida —concluye— son los eventuales efectos indirectos de la repudiación...»

Es verdad que la razón última que lleva a la DGRN a denegar la inscripción del repudio de un español en el extranjero es, no tanto que la disolución provenga de un repudio o de un acto bilateral, sino que el español ha modificado su estatuto personal ante una jurisdicción extranjera y con base a leyes extranjeras⁴⁸. Se plantea, por tanto, un problema de competencia judicial preferente en materia de estatuto personal. Sin embargo, y en cuanto al repudio en sí considerado, el rechazo inmediato del mismo por violar el orden público interno peca, a mi modo de ver, de una excesiva rigidez que acaba perjudicando, incluso, a la persona a quien se intenta proteger, a la mujer. Si esta es, por ejemplo, quien solicita el *exequatur* de la disolución concedida en el extranjero, no hay razón para obligarla a acudir al divorcio en España⁴⁹. Bastaría otorgar la eficacia siempre que conste que a la esposa se le ha otorgado el derecho de defensa en el procedimiento de origen, o que consiente en el divorcio —inducible, por ejemplo, del hecho de que sea ella quien plantee el *exequatur*, y que ha obtenido una reparación económica suficiente—. En esta línea de

⁴⁸ Sobre las relaciones entre *forum* y *ius*, GONZÁLEZ CAMPOS, «Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema», *Anuario de Derecho Internacional*, IV (1977-1978), pp. 89-136.

⁴⁹ En este sentido, vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Divorcios...*, cit., p. 60. Análogamente, si la mujer es repudiada y contrae posterior matrimonio conforme a la *lex loci*, se entiende que ha consentido en la desvinculación de su matrimonio aunque tal desvinculación se haya originado por un acto unilateral del marido. Esta es, a mi juicio, la explicación por la que la DGRN, en ese caso, considera divorciada a la mujer y, por tanto, libre para contraer ulteriores nupcias conforme a la *lex loci*, que serán inscribibles en España si posteriormente los contrayentes o uno de ellos adquiere la nacionalidad española. En este sentido, en la Resolución de 26 de junio de 1996 (2.^a), ante el hecho de un repudio simple anterior de la mujer en Marruecos, la DGRN lo equipara al divorcio y considera inscribible un segundo matrimonio de aquélla. Vid., ADGRN (1996), pp. 1936-1939.

una mayor flexibilidad se mueve nuestro TS, que nunca ha declarado la incompatibilidad absoluta del repudio con el ordenamiento español. En el ATS de 17 de septiembre de 1996 el Tribunal no entra a determinar qué tipo de divorcio, según el Derecho marroquí, pretende obtener el *exequatur*, sólo analiza el cumplimiento de las condiciones del artículo 954 de la Ley de enjuiciamiento civil. En el supuesto, no existe rebeldía por cuanto la esposa compareció en el proceso de instancia y es, además, la parte que solicita el *exequatur*. Y en la cuestión sustancial de la conformidad con el orden público español, recuerda el artículo 85 del Código civil, que establece la posibilidad del divorcio cualesquiera que sea la forma y tiempo de celebración del matrimonio, lo cual obliga a examinar la causa desde una perspectiva amplia: basta que conste la intervención de una autoridad pública en el procedimiento y que la disolución del vínculo tenga carácter definitivo, para que se considere ajustada al Derecho español. En el caso de Marruecos, a partir de la vigencia del Convenio de 1997, entiendo que desde esa óptica flexible ha de interpretarse el punto 4.º del artículo 23, que determina las condiciones para la eficacia de las resoluciones judiciales de divorcio marroquíes en España: «La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo...»⁵⁰.

⁵⁰ El artículo 23 establece las siguientes condiciones para la adquisición de la cualidad de cosa juzgada de las sentencias en materia civil, mercantil y administrativa, dictadas por los tribunales de los dos Estados: «1.º La resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada. 2.º Las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes. 3.º La resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada. 4.º La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del Derecho internacional que sean aplicables en el mismo. Tampoco deberá ser contraria a una resolución judicial dictada en ese mismo Estado y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada. 5.º Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción, ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse».

INTERCULTURALIDAD Y FUENTES DEL DERECHO: ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones
Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO:—1. Interculturalidad y otros conceptos afines.—2. Interculturalidad y origen del Derecho Internacional.—3. Interculturalidad y fuentes materiales del Derecho Internacional.—4. Interculturalidad y fuentes formales del Derecho Internacional.—5. Interculturalidad y pluralismo político.

1. INTERCULTURALIDAD Y OTROS CONCEPTOS AFINES

La noción de interculturalidad se corresponde con una tendencia a un creciente reconocimiento de la relación cultura-derecho, en la Comunidad internacional, que tiene diversas connotaciones. En la Comunidad internacional se ha transformado el previo paradigma implícito de la superioridad de unas culturas sobre otras, lo que ha permitido la aparición de nuevos debates y preocupaciones. Así ocurre con la protección del patrimonio¹ cultural, la identidad o los derechos culturales, el papel de las culturas y de tradiciones o culturas jurídicas² en la génesis, evolución y aplicación del orden internacional.

Al mismo tiempo se ha producido una proliferación de la preocupación de las instituciones internacionales, de las Naciones Unidas a la UNESCO, pasando por las regionales y las sectoriales, por los derechos

¹ En esta línea FRANCIONI, F., «Au-delà des traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel», *RGDIP*, t. 111, 2007, 1, pp. 19-43; también RUIZ-FABRI, H., «Jeux dans la fragmentation: la convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles», *RGDIP*, t. 111, 2007, 1, pp. 43-89.

² Véase, recientemente, VVAA, *Droit International et diversité des cultures juridiques*, SFDI, Pedone, París, 2008.

culturales o la protección del patrimonio cultural, del mismo modo que los Estados utilizan crecientemente la cultura como poder blando y tiene más relevancia la diplomacia cultural o el diálogo intercultural. La emergencia de estos nuevos conceptos y realidades se ha acrecentado en la globalización, frente a la cual la diversidad cultural, señala Gagné, es el grito de batalla de los Estados y de los ciudadanos que resisten la homogeneización cultural en la mundialización³.

La proliferación de los conceptos hace conveniente algunas clarificaciones previas. Dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua que la *cultura* es el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social etc. Hoy es habitual la utilización del término *interculturalidad*, mediante el que se quiere resaltar la aceptación de la transversalidad de la diferencia cultural, considerando la relación entre las culturas sobre una base de igualdad y no de superioridad jerárquica⁴.

También son importantes otros términos⁵, como los de *bien cultural*, *cooperación cultural*, *diplomacia cultural*, *derecho a la cultura*, *derechos de autor*, *especificidad cultural*, *excepción cultural*, *identidad cultural*, *industrias culturales*, *soberanía e integración cultural*, *servicios culturales* y otros que abren una panoplia de cuestiones crecientemente relevantes en la Comunidad Internacional.

En este trabajo consideraremos la interculturalidad desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, lo que lleva a preguntarse sobre el papel de la cultura en la génesis y evolución de las mismas, así como a la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales.

2. INTERCULTURALIDAD Y ORIGEN DEL DERECHO INTERNACIONAL

El origen del Derecho internacional, en una perspectiva cultural, se sitúa en la cultura/civilización europea y en la ruptura de la unidad

³ GAGNÉ, G., *La diversité culturelle. Vers une convention internationale effective?*, Points chauds, Fides, Quebec, 2005, p. 7.

⁴ TAMAYO, J. J.; FARIÑAS, M. J., *Culturas y religiones en diálogo*, Editorial Síntesis, 2007, pp. 170 ss.

⁵ Véase DÍAZ BARRADO, C. M.; MANERO SALVADOR, A., *Glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de cooperación e integración: comercio, cultura y desarrollo*, VVAA, Marcial Pons, 2010, 419 pp.

religiosa⁶. Como hemos señalado en otro lugar es un hecho histórico que se observa en sus aspectos centrales, desde los conceptos jurídicos a la configuración de los sujetos y funciones del ordenamiento⁷. Así, por poner un ejemplo, hay sujetos de Derecho internacional como la Santa Sede⁸ o la Soberana Orden de Malta, pero no han permanecido o no se han desarrollado otros como el Patriarcado de Constantinopla que no han alcanzado la subjetividad internacional desde civilizaciones menos influyentes.

El Derecho internacional es un producto de la civilización occidental y cristiana europea que se expande al resto del mundo en el proceso de universalización⁹, lo que ha llevado a que los historiadores del Derecho internacional olvidasen otras civilizaciones y sólo recientemente empezasen a considerar el evadirse de la prisión helénica.

Hasta la creación de las Organizaciones Internacionales en los siglos XIX-XX, la Comunidad internacional era europea. La universalización de la sociedad internacional nos llevará en el siglo XIX-XX a la expansión de la concepción europea al mundo, en el marco de la universalización.

En el siglo XIX muchos iusinternacionalistas consideraban al Derecho internacional¹⁰ como fruto de la cultura europea. Indica Koskenniemi que el Derecho internacional en esas concepciones se basa en el proceso cultural de Europa, un proceso de «civilización» —a diferencia del proceso cultural de otras naciones que podía considerarse como poco civilizado o salvaje. El Derecho internacional ha sido

⁶ JANIS, M. W., «Religion and the literature of some standard texts», *The influence of religion on the development of International Law*, JANIS, M. (ed.), Martinus Jinhoff Publishers, 1991, pp. 61-84.

⁷ Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C., *La relevancia del factor cultural en el Derecho internacional contemporáneo*, Anuario de Derecho de la Coruña, 2010, en prensa.

⁸ Vid. BARBERIS, J., *Los sujetos del derecho internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984, en especial pp. 97-115; DOMINICE, C., «La personnalité juridique dans le système du droit des gens», *L'ordre juridique international entre tradition et renouveau*, Puf, París, 1997, pp. 57-79, p. 67.

⁹ Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C., «La evolución del proceso de secularización del Derecho internacional», *Estado y religión. Proceso de secularización y laicidad. Homenaje a Don Fernando de los Ríos*, Edición a cargo de Dionisio Llamazares Fernández, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías n.º 36, Madrid, 2001, pp. 85 ss.

¹⁰ Vid. KOSKENNIEMI, M., *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho internacional 1870-1960*, Buenos Aires-Madrid, 2005.

hasta el siglo XX un derecho europeo transpuesto pura y simplemente a la escena internacional. En las relaciones con el resto del mundo no civilizado o había relaciones desiguales, como ocurría con China, Japón o Turquía, o de dominación¹¹. La consideración de otros pueblos no europeos como civilizados, que había sido posible en la visión Ilustrada del noble salvaje se derrumba progresivamente. Con los pueblos salvajes esto contribuirá con el tiempo a justificar las innumerables violaciones de los Tratados concluidos con ellos¹².

La universalización del Derecho internacional bajo el estándar de civilización (europeo) beneficiaba al imperialismo europeo. O dicho de otro modo, en el nacimiento del moderno Derecho internacional hay una conexión entre los rasgos del moderno Derecho internacional y los intereses del imperialismo europeo¹³. Ello no obstante hay autores que explican este fenómeno al revés, pero a mi juicio con el mismo sentido. Así, Fischt y Onuma¹⁴ mantienen la tesis de que el Derecho internacional —que en su opinión nace en el siglo XIX— surge a consecuencia de la debilidad y no de la fortaleza europea.

La sociedad de naciones continua en esa visión clásica, basada en la superioridad de unos pueblos sobre otros, enraizada en el evolucionismo del siglo XIX aplicado a las naciones, como muestra la referencia a la misión sagrada de civilización del sistema de mandatos con el que, como indicaba el art. 22.1 del Pacto de la sociedad de Naciones, se buscaba «conseguir el desarrollo y bienestar de las colonias y territorios que por la guerra habían dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban antes y que están habitados por pueblos que todavía no son capaces de dirigirse por sí

¹¹ TOYODA, T., «L'aspect universaliste du Droit International européen du 19ème siècle et le statut juridique de la Turquie avant 1856», *Journal of History of International law*, vol. 8, n.º 1, 2006, pp. 19-39.

¹² DORR D., «Les peuples sauvages et le droit International», *Contributions à l'étude du rapport entre droit et culture, Alterité et droit*, SCHULTE-TENCKOFF, I. (Dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 205 ss.

¹³ BOWDEN, B., «The colonial origins of International law. European expansion and the classical standard of civilization», *Journal of History of International Law*, vol. 7, n.º 1, 2005, pp. 1-23, pp. 3-4.

¹⁴ FISCH, J., «Power or weakness?. On the causes of the Worldwide expansion of European International law», *Journal of History of International Law*, pp. 21-26, 2004; asimismo ONUMA, Y., «When was the law of International society born?». An inquiry of the history of International law from an intercivilizational perspective», *JHIL*, vol. 2, 2000, pp. 1-66.

mismos, en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno» y hacer una «misión sagrada de civilización».

En la distinción entre civilizados, bárbaros y salvajes los primeros eran los Estados cristianos o de civilización cristiana (Europa y América), los bárbaros eran la gran puerta Otomana, China y Japón —que mantenían con Europa relaciones desiguales a pesar de que Turquía fuese admitida al Concierto europeo en 1856. El resto eran los «salvajes» que debían ser civilizados por los primeros, lo que llevaría a la uniformización del modelo de Estados y a la universalización del *Ius publicum europaeum*. Sobre estas bases se establecieron 3 tipos de mandatos (A, B y C) en la Sociedad de Naciones¹⁵.

El Derecho internacional contemporáneo está plagado de conceptos extraídos de la cultura occidental y posteriormente universalizados, sin haber tenido en cuenta los particularismos culturales. El *modelo de Estado o la noción de frontera son ejemplos claros*.

El *modelo de Estado* nace en Europa y fue universalmente aceptado, incluso aún cuando se podrían haber considerado especificidades culturales. Así, tanto los argumentos de Marruecos como los de Mauritania, en el *Asunto relativo al Sahara occidental*, al intentar demostrar los vínculos jurídicos de soberanía territorial con el Sahara, se situaron en la lógica estatal occidental, a pesar de que pusieron de relieve la estructura especial de sus Estados¹⁶. Un ejemplo igualmente claro

¹⁵ Los A estaban próximos a la independencia, fundamentalmente en el Imperio Otomano (Siria, Líbano, bajo mandato francés; Iraq, Palestina y Trasjordania, bajo mandato británico. Los B estaban en el Africa Central y sobre ellos había una administración directa (Ruana-Burundi; Bélgica; Tanganica: Reino Unido; Camerún, Togo; Francia, Reino Unido) y se prohibía la trata de esclavos, el tráfico de armas, el alcohol, se establecía la libertad religiosa y la no instalación de bases militares. Los tipo C eran los del Sudoeste africano y ciertas Islas del Pacífico Central (Carolinas, Marianas, Marshall (Japón); Samoa Occidental (Nueva Zelandia), Nauru (Reino Unido), Nueva Guinea (Australia). Sobre estos mandatos las potencias enviaban un Informe anual al Consejo. El sistema acabó con el régimen de administración fiduciaria (cap. XII y XIII de la Carta de las Naciones Unidas), a excepción del Sudoeste africano. Como es sabido hubo posteriormente un caso ante el Tribunal internacional de Justicia pues los demandantes alegaban infracciones del mandato de la Sociedad de Naciones para la región, por la república de Sudáfrica (Asunto del Sudoeste africano. Etiopía c. Sudáfrica, Liberia c. Sudáfrica, sentencia de 18 de julio de 1966, Rec. 1966, pár. 49, 50, 51).

¹⁶ *Marruecos* (vid. párrafos 90 a 129 de la opinión consultiva, TIJ, Rec. 1975) presentaba su reclamación de vínculos jurídicos con el Sahara occidental como una *reclamación de vínculos de soberanía* sobre la base de una presunta posesión inme-

son los tratados celebrados por los colonizadores, fundamentalmente entre el siglo XVII-XIX con los pueblos indígenas con el objeto básico de que les cedieran territorios, sin que estos fuesen conscientes del alcance concreto de las obligaciones que asumían, al desconocer desde el Derecho de los tratados hasta la noción de soberanía¹⁷.

Este mismo análisis puede hacerse sobre el cambio que supuso para la América precolombina la conquista, tanto desde la perspec-

morial del territorio y un ejercicio ininterrumpido de autoridad. Pidió que se tuviese en cuenta la estructura especial de Estado marroquí, fundado en el *lazo religioso común del Islam* y en la lealtad de varias tribus al Sultán, por mediación de sus caides o jeques, más que por la noción de territorio. Para el Tribunal, aún teniendo en cuenta la estructura específica de ese Estado, no se había probado que Marruecos ejerciese ninguna actividad estatal efectiva y exclusiva en el Sahara occidental. En todo caso, como ha señalado M. Flory, para sostener la tesis de la existencia de lazos jurídicos entre el Sahara y Marruecos, los representantes de éste país trazaron con precisión la organización del Estado en el derecho público islámico, apoyándose en la teoría estatal clásica del DI (*Etat chérifien*), pero no en la lógica cultural árabe e islámica.

Lo mismo habría hecho *Mauritania* al acudir a la noción de «complejo mauritano» *Bilad shinguitti* o país Shinguitti (vid. párr. 130 a 152 de la opinión consultiva) que era una entidad cultural, geográfica y social dentro de la cual se habría creado la República islámica de Mauritania. Ese complejo, en el periodo pertinente, era el Biland Shinguitti, grupo humano diferenciado, caracterizado por un idioma, un modo de vida, una religión y un sistema de leyes comunes, con dos tipos de autoridad política (emiratos y grupos tribales), que no constituían un Estado, pero sí nación o pueblo (pueblo Shinguitti) en el momento de la colonización. Para la Corte aunque existían muchos vínculos lingüísticos, étnicos, religiosos, culturales y económicos, los emiratos y muchas de las tribus que formaban el complejo mauritano eran independientes unos de otros y no tenían instituciones u órganos comunes, por lo que el «complejo» carecía de una personalidad distinta y, en el momento de la colonización por España no existía entre el territorio del Sáhara occidental y el complejo mauritano ningún vínculo de soberanía o de lealtad de tribus o de simple inclusión en la misma entidad jurídica.

¹⁷ Vid. un interesante comentario en TORRECUADRADA GARCIA-LOZANO, S., «Los tratados internacionales y los pueblos indígenas», *www.reei.org*, 2001; así como de la misma autora su monografía, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, 2001; por lo demás véase el Informe final del Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados, de 1998, elaborado por encargo de la Subcomisión sobre prevención de la discriminación y protección de las minorías, de Naciones Unidas, por Miguel Alfonso Martínez; también, en la doctrina española y junto a otras citas reflejadas en este artículo PONTE IGLESIAS, M. T., «Ciudadanía y consolidación democrática: La promoción y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas», *Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, ROMAY COCA, J., VALERO MATAS, J. (coords), Servicio de publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela, 2009, vol. 8, núm. 1, pp. 153- 177.

tiva del nuevo modelo organizativo como, desde la independencia, del nuevo modelo de Estado que, a imagen del occidental, se estableció en todo América. Desde el punto de vista de la herencia colonial en las nuevas fronteras estatales cabe recordar la huella colonial en el principio del *uti possitis iuris*. Los actuales conflictos de fronteras en América son heredados, pues se respetaron las fronteras coloniales y, en virtud de dicho principio la solución a los mismos pasa por la fijación de las fronteras internas coloniales como fronteras internacionales.

En este sentido hay que recordar que el *concepto de frontera* es monocultural, relacionado con el sistema europeo de Estado territorial. El Imperio chino —de contornos imprecisos—, el África negra precolonial —con el concepto de frontera móvil— o el mundo islámico —donde el vínculo religioso del Islam era más relevante que la noción de frontera¹⁸— tenían una concepción distinta de la frontera, como tampoco la noción de frontera en América tenía esos rasgos.

*El Derecho internacional se formó sobre la base de los intereses y concepciones de los Estados de cultura europea*¹⁹. La secularización y la institucionalización de la sociedad internacional erosionaron el carácter eurocéntrico del ordenamiento, pero no porque éste fuese el resultado de un diálogo intercultural con otras civilizaciones o culturas. Lo cierto es que el elemento cultural ha tenido un papel muy secundario en el Derecho internacional contemporáneo²⁰.

Las diferencias relevantes en la elaboración, impugnación y aplicación del ordenamiento eran de naturaleza políticas (conflicto este-

¹⁸ Vid. sobre esto BARDONNET, D., «Frontières et cultures», *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Coloquio de 1983 de la A.D.I., La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 299-309, pp. 303-305; FLORY, «Le droit international est-il européen?», *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Coloquio 1983, AADI, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 287-297, p. 287.

¹⁹ Por ejemplo, el célebre Asunto de la Isla de Palmas era una controversia entre Estados civilizados, que oponía a dos potencias imperiales occidentales (Países Bajos y Estados Unidos), como sucesores de los derechos de la Corona española en virtud del Tratado de paz que puso término a la guerra hispano-americana de 1898, por lo que el derecho aplicable en materia de derechos de soberanía por descubrimiento o adquisición no tenía en cuenta los «intereses de las poblaciones».

²⁰ Vid. sobre la hegemonía cultural europea, RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., *Lecciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 29-30.

oeste) o económicas (conflicto norte-sur) y casi no se ha tenido en cuenta la diversidad cultural.

3. INTERCULTURALIDAD Y FUENTES MATERIALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Art. 38 del estatuto del TIJ²¹ enumera las fuentes primarias y los medios auxiliares (jurisprudencia y doctrina científica) del Derecho internacional, a los que se añade una referencia a la jurisdicción de equidad en el plano internacional cuando las partes así lo convengan. La *teoría de las fuentes*, central en la teoría del Derecho internacional —por la ausencia de un poder legislativo—, se ha readaptado por el carácter incompleto del art. 38 y porque no tenía en cuenta ciertas distinciones (entre fuentes material y formal; entre fuentes principales y auxiliares, entre derecho y equidad y entre derecho y no derecho)²², que eludían considerar la formación del Derecho internacional como un *proceso dinámico*. Además, los cambios en la legitimidad internacional han incidido en una transformación del «sistema de fuentes»²³.

Un acercamiento integral al fenómeno jurídico internacional exige tener en cuenta los factores *creadores del Derecho*, según la

²¹ Que indica: «La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59. 2 La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono si las partes así lo convinieren».

²² ABI-SAAB, G., «Les sources du droit international. Essais de déconstruction», *El Derecho internacional en un mundo en cambio. Liber amicorum E. Jiménez de Arechaga*, 1994, vol. Y, Fundación Cultura universitaria, Montevideo, pp. 29-49, p. 30; vid. también sobre el carácter incompleto del art. 38 del estatuto del TIJ, ZEMANEK, K., «The legal foundation of the international system. General course on public international law», *RCADI*, 1997, n.º 266, pp. 131-137.

²³ Vid HUESA VINAIXA, R., *El nuevo alcance de la «opinio iuris» en el Derecho internacional contemporáneo*, Tirant Monografías, 3, Valencia, 1991, pp. 197 ss., p. 200.

expresión de Ripert. Las fuerzas del cambio normativo están fuera del Derecho, siendo éste el resultado de aquellas y de las contradicciones que se desarrollan dentro de cada sistema. De ahí que la *aproximación socio-histórica al Derecho internacional*, en una concepción integral del mismo (junto a la normativa y la axiológica) exija tener en cuenta que el ordenamiento es el resultado de la interacción de múltiples factores en la evolución jurídica, siendo uno de los más importantes en el Derecho internacional lo que cabría calificar de interculturalidad, visto desde una perspectiva totalizante²⁴. La doctrina se ha referido a la dimensión cultural del Derecho internacional en tanto que los hechos que permiten comprender la dinámica de su evolución²⁵.

El Derecho internacional es un orden cuyos cambios derivan de las transformaciones sociales, que son el resultado de un conjunto de factores, analizados desde el derecho o la ciencia política. La teoría de los factores analiza la influencia que tiene en las relaciones internacionales el dinamismo social, poniendo el acento en la geografía (geopolítica), la demografía (reparto desigual de la población, tasas de crecimiento), la ciencia, la técnica, la cultura o los medios de comunicación. La teoría del factor determinante o del monismo explicativo no da cuenta de la realidad, porque ningún factor aislado permite explicar la compleja evolución de las relaciones internacionales²⁶.

A los factores de cambio se les denomina en el Derecho internacional *fuentes materiales del ordenamiento*, es decir, las razones, causas o factores de formación de las reglas, que se sitúan fuera del Derecho en las exigencias morales, las necesidades sociales, los inte-

²⁴ Sobre esta perspectiva que se suele denominar tridimensional: REALE, M., *La teoría tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997; RUILOBA SANTANA, E., «La concepción tridimensional del Derecho y el Derecho internacional», *Estudios en Homenaje al Prof. Corts Grau*, tomo II, Valencia, 1977, pp. 409 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Derecho de gentes: ¿Concepción formal?», *Estudios de derecho internacional. Homenaje al Prof. Miaja de la Muela*, 1, Tecnos, Madrid, 1979;

²⁵ En esta línea, por ejemplo: JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El método del Derecho internacional público: Una aproximación sistémica y transdisciplinar*, Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria, Serie especial, Madrid, 1995, 64 pp.

²⁶ COLARD, D., *Les relations internationales de 1945 à nos jours*, Armand Colin, 7 edition, p. 87; el clásico trabajo de MERLE, M., *Sociologie des relations internationales*, Dalloz, 1982.

reses individuales o comunes de los miembros de la Comunidad internacional, principalmente²⁷.

Frente a los planteamientos tradicionales sobre las *fuentes del derecho*, que sólo tienen en cuenta las fuentes formales (de ahí el formalismo clásico), que aparecen en el incompleto art. 38 del estatuto del Tribunal internacional de Justicia, la doctrina ha realizado nuevos planteamientos teóricos, que tienen en cuenta la *formación progresiva del Derecho internacional*, como han señalado en la doctrina española los profs González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María²⁸, cuando se refieren al proceso de formación del Derecho en el orden internacional, incluyendo la existencia de los factores sociales, determinantes para la creación de la norma. La diferencia entre *fuerza material* y *fuerza formal* no es sencilla en relación con la costumbre²⁹ ni, más en general, en una sociedad descentralizada en la que no hay un catálogo cerrado de fuentes formales.

El pensamiento dominante de una sociedad- su *pensée*, es decir, sus valores, hábitos, costumbres y religión, penetra en el fenómeno jurídico internacional. Aunque los procedimientos nomogénéticos son aculturales, los principios y normas internacionales resultan de un contexto socio-cultural, son productos de una civilización, o de la puesta en contacto de diferentes culturas y civilizaciones.

La cultura, en tanto que fuente material del Derecho internacional ha sido escasamente utilizada. De ahí que, en la actualidad no sólo parezca conveniente sino muy necesario el profundizar en un diálogo intercultural necesario para llegar a un orden internacional aceptado. En esta línea iniciativas como la Alianza y/o el Diálogo de civilizaciones, auspiciadas junto a otras iniciativas interculturales por la ONU,

²⁷ Sobre la distinción entre fuentes formales y materiales, no siempre nítida, véase, entre otros: ABI-SAAB, G., «Les sources de Droit International: un essai de déconstruction», *El Derecho Internacional en un mundo en transformation. Liber amicorum E. Jiménez de Arechaga*, 1994, vol. 1, Fundación cultura universitaria, Montevideo, pp. 29-49.

²⁸ Vid. cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P., *Curso de derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 119-121.

²⁹ Vid. DUPUY, P. M., «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain», *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum E. Jiménez de Arechaga*, 1994, vol. 1, Fundación cultura universitaria, Montevideo, pp. 51-67, pp. 54-56.

la UNESCO, el Consejo de Europa y otras Organizaciones deberían abordar el papel que pueden tener las culturas en la evolución del Derecho internacional. Es necesario un diálogo intercultural en el desarrollo progresivo y la codificación del orden internacional, desde nuevas bases, a consecuencia de la acentuación en las últimas décadas de la relevancia del factor cultural³⁰.

La cuestión del papel de las civilizaciones en el orden mundial fue puesta de relieve de manera extrema por Huntington³¹ cuya tesis central —que no compartimos por su maximalismo— ponía la lupa de evolución de todo el Derecho internacional en un monismo explicativo excesivo. Desde perspectivas más moderadas la doctrina analiza las nuevas perspectivas que las culturas tienen para el derecho internacional³². Pero no cabe duda de que está lejos todavía el momento en que el Derecho internacional integre de manera compartida los valores universales que están en todas las culturas y/o civilizaciones. Ese diálogo de culturas/civilizaciones constituye uno de los retos básicos del Desarrollo progresivo del Derecho internacional, como ya hemos indicado.

³⁰ Sobre la emergencia del factor cultural: MERLE, M., «Le rôle du facteur culturel dans les relations internationales», *Forces et enjeux dans les relations internationales*, Economica, París, 1981, p. 343; DUPUY, R. J., «Conclusions du Colloque», *L'avenir du Droit international dans un monde multicultural*, Coloquio 1983, A.D.I., La Haya, Martines Nijhoff Publishers, 1984, p. 447.

³¹ La tesis central de este autor es que los choques de civilizaciones son la mayor amenaza a la paz mundial. Parte de la consideración de que la separación wettaliana de religión y política internacional, producto idiosincrático de la civilización occidental, está tocando a su fin, por lo que cada vez es más probable que la religión sea el eje principal de los conflictos. Todo ello en un contexto de renacimiento de la religión (la revancha de Dios), de deslaicización del mundo, antiuniversalismo, sustitución de la ideología por la religión etc... Cfr. HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, 1997, pp. 20, 47, 53, 60, 61, 112, 113, 114, 119, 251.

³² Sobre la diversidad cultural en el Derecho internacional véase: LAGHMANI, S., «Droit International et diversité culturelle», *RGDIP*, 2008-2, pp. 241-255; YOKARIS, A., «Le droit International face au défi de la diversité culturelle», *Révue Hellenique de Droit International*, 2/2009, pp. 695-205; KRONKE, H., «From International to transnational commercial law: The impact of Diversity of cultures», *Révue hellenique de Droit International*, 2/2009, pp. 705-715; RUIZ FABRI, H., «Jeux Dans la fragmentation: La convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles», *RGDIP*, t. 111, 2007, 1, pp. 43-89; CORNU, M., «L'emergence du principe de diversité culturelle», *La diversité culturelle en question*, Labouz, Wise, Bruylant, Bruxelles, 2005 pp. 251-259.

Hay avances hacia una perspectiva transcivilizatoria en el Derecho internacional, en el sentido de una mayor convergencia en la interpretación de los principios fundamentales y en las normas generales del Derecho internacional, en la actualidad³³. Asimismo la nueva situación creada por los nuevos Estados independientes condujo a su mayor participación en el *law-making process* y está conduciendo, en los últimos tiempos, a un desarrollo en nuevos sectores del orden internacional (como el derecho penal internacional en la represión de los grandes crímenes contra la Humanidad)³⁴.

Pero tampoco cabe duda de que es mucho más lo que falta por hacer que lo que se ha hecho en cuanto a una verdadera confluencia de las civilizaciones como base de un Derecho internacional más aceptado y compartido. En esta línea los trabajos intelectuales ya elaborados deberían ser complementados por un diálogo o alianza de civilizaciones en términos jurídicos, hasta ahora inexistente, pero que sería positivo para la efectiva aplicación del Derecho internacional³⁵.

4. INTERCULTURALIDAD Y FUENTES FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las fuentes formales del Derecho internacional no son interculturales. Todo lo más que cabe decir es que son aculturales, es decir,

³³ Vid. Un comentario en esta línea, en relación fundamentalmente con las normas consuetudinarias en YASUAKI, O., «A transcivilizational perspective on global legal order in the twenty-first Century: A way to overcome west-centric and judiciary centric deficits in International legal thoughts», *Towards World constitutionalism*, MacDonald, R. J., Johnston, D. (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 151-189.

³⁴ Vid. Un comentario sobre esto, en relación con los países en desarrollo en MIRZAEI-YENGEJEH, S., «International law as a cultural perspective: Towards a convergent of civilizations», *A transcivilizational perspective on global legal order in the twenty-first Century*, pp. 191-221.

³⁵ Vid. Sobre las diversas perspectivas: WEERAMANTRY, G., «Some buddhist perspectives on International law», *BBGhali Amicorum discipulorumque liber*, 2000, pp. 775-826; TSE-SHYANG CHEN, F., «The confucian view of World order», *The influence of religion on the development of International law*, 1991; SINGH, N., India and International law», *Estudios de derecho internacional en Homenaje a Antonio de Luna*, CSIC, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1968, pp. 449-464; KHADURI, M., «Islamic law and international law», *L'avenir du droit International Dans un monde multicultural*, 1983; RECHID, A., «Islam et droit des gens», *RCADI*, 1937-II, t60, pp. 375-506.

que no tienen en cuenta las diferencias culturales. Ello no obstante cabe hacer algunas breves reflexiones sobre la interculturalidad en las fuentes formales, desde la perspectiva de que un buen entendimiento de las mismas puede abrir perspectivas interculturales.

En primer lugar el diálogo debería dar lugar a una creciente penetración en los tratados multilaterales y bilaterales de crecientes perspectivas interculturales. Todavía no existe un tratado del que se pueda predicar en la actualidad que tiene esa perspectiva. De otro lado hay evoluciones generales que pueden favorecer la interculturalidad, como la evolución del consentimiento al *consensus generalis*, que supone una mayor participación de los miembros de la Comunidad internacional en la formación del Derecho internacional³⁶ y, por tanto, una tendencia a una mayor interculturalidad. Se ha transformado el papel *del consentimiento en la creación del Derecho internacional*, al relativizarse la exigencia de probar la voluntad del Estado y ampliarse las formas de prestación del consentimiento, sobre la base del *no formalismo* (consentimiento expreso y consentimiento tácito: sentimiento, acquiescencia, silencio, estoppel, comportamiento)³⁷, lo que permite nuevas aperturas a la interculturalidad, lo mismo que la proliferación del método del consenso o la noción de *Estados suficientemente representativos* en el proceso consuetudinario, o los procesos de elaboración y aplicación normativa en las Organizaciones internacionales³⁸, así como la noción de aceptación general que se utiliza en la normas de *ius cogens*.

³⁶ Vid. También CARRILLO SALCEDO, J.A., «Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public», *RCADI*, 1996, n.º 257, p. 171; RIGAUD, J., «Réflexions sur la notion de consensus», *Pouvoirs, Le consensus*, 1978-5, pp. 7-14; ZEMANEK, K., «Majority rule and consensus technique in law-making diplomacy», *The structure and process of international law*, MacDonal/Johnston, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 857-887; ROSENNE, S., «Consent and related words in the codified law of treaties», *Mélanges offerts à C. Rousseau. La Communauté internationale*, Pedone, París, 1974, pp. 229-248.

³⁷ Así, Rezek distingue entre consentimiento creativo (derecho creado por el voluntarismo) y preceptivo (derecho que los Estados no hacen sino reconocer y proclamar), del mismo modo que distingue el consentimiento expreso del consentimiento tácito, del asentimiento y de la presunción de consentimiento. Cfr. REZEK, F., «Sur le fondement du droit de gens», *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, Kluwer, VVAA, 1996, pp. 269-274.

³⁸ Y, como indica el Prof. DIEZ DE VELASCO, M. («Législation et codification dans le droit international actuel», cit., p. 259) «si bien el impresionante desarrollo de los trabajos de codificación testimonia por sí mismo la expansión de las tendencias

De otro lado, la interculturalidad es cada vez más relevante en las distintas fuentes formales. El fundamento de la obligatoriedad de la norma consuetudinaria general es el resultado del *consenso general* —como se ha indicado— lo que exige, como señala el art. 38 del estatuto del TIJ, que una práctica esté «generalmente aceptada como derecho». Por ello la jurisprudencia del Tribunal internacional de Justicia responde a esta idea de buscar si existe el consenso general de los Estados³⁹. No es necesaria la prueba de la *opinio iuris* (y aún menos, lógicamente del comportamiento) de todas y cada uno de los Estados⁴⁰ sino más bien el *consensus generalis* como convergencia de opiniones.

La formación de una norma consuetudinaria requiere que exista la voluntad de un *conjunto suficientemente representativo de la comunidad internacional*, que incluya a los *Estados especialmente interesados*⁴¹, que demuestran su aceptación de la norma a través de una

consensualistas en la práctica internacional, no menos cierto es que la formación de normas generales sigue sin poder ser reducible a la voluntad de los Estados o de las Organizaciones internacionales».

³⁹ En este sentido JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., «La costumbre como fuente del Derecho internacional», *Estudios de derecho internacional. Homenaje al prof. Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 375 ss., pp. 397-398; JIMÉNEZ PIERNAS, C., «El papel de la noción de consensus en la fundamentación y el concepto del Derecho internacional público», pp. 107 ss.

⁴⁰ Vid. MENDELSON, M., «The subjective element in customary international law», *BYIL*, 1995, pp. 177-208, p. 208; HUESA VINAIXA, R., *EL nuevo alcalce de la opinio iuris en el Derecho internacional contemporáneo*, Valencia, 1991; AKEHURST, M., «Custom as a source of international law», *BYIL*, 1974-1975, p. 153, pp. 32-34.

⁴¹ En relación con la noción de *Estados especialmente interesados*, su concreción no puede realizarse sino en cada caso concreto, en función del reparto de poder entre los miembros de la Comunidad internacional en relación a ese interés (económico, político, militar, social, cultural, geográfico, etc.), que pretende ser regulado, como indica Cardona. En este sentido el ejemplo que pone el prof. Cardona es el de la regulación jurídica de la *indemnización por el ejercicio del derecho a nacionalizar las propiedades extranjeras derivado de la soberanía permanente sobre los recursos naturales*. Si bien los países en desarrollo, a través de diversas declaraciones (*Declaración relativa a la soberanía permanente sobre los recursos y riquezas naturales*, Res. 1803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962; Res. 3171 (XXVIII), de 17 de diciembre de 1973 *relativa a la soberanía permanente sobre los recursos y riquezas naturales*; Res. 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974, *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*), abogaban por una compensación conforme a las leyes nacionales de los Estados que nacionalizan, la oposición firme de los Estados desarrollados exportadores de capital, Estados especialmente interesados, con una práctica contraria a través de tratados bilaterales de protección de inversiones impidió la formación de

práctica que revela su aceptación jurídica⁴². Para Abi-Saab⁴³ la costumbre «corresponde menos a una práctica general que a una aceptación general», dado que la *opinio iuris generalis* contribuye a compensar la falta de práctica⁴⁴.

Los principios generales del Derecho son una fuente formal del Derecho internacional que ha sido objeto de importantes controversias. No vamos a entrar ahora en la cuestión de la aceptación de los mismos por las naciones civilizadas, a la que nos hemos referido, sino en su función desde la perspectiva de la interculturalidad. El caos de opiniones en torno a dichos principios es notable, como señalaba Kopelmanas⁴⁵. Desde la perspectiva de esta contribución destaca la opinión del prof. O. Casanovas⁴⁶ cuando indica que pueden constituir un ámbito de encuentro en un mundo heterogéneo y, entendidos en sentido amplio (como principios sobre lo justo, lo correcto y lo bueno por todos los grupos y sociedades) pueden adoptar nuevas dimensiones como marco de argumentación inter-cultural, que dote al Derecho internacional público de un sustrato que favorezca su unidad y su universalidad.

Cabe recordar que en los años sesenta muchos países socialistas y tercermundistas se opusieron a la autonomía de los principios generales del Derecho, en parte por considerarlos burgueses, y en parte porque estimaban difícil encontrar un fondo común a todos los órdenes jurídicos con tradiciones diferentes⁴⁷.

la regla consuetudinaria a pesar de la existencia de una *opinio iuris* mayoritaria. Vid. CARDONA LLORENS, J., *Proyecto docente e investigador*, pp. 138 ss.

⁴² CARDONA LLORENS, J., *Proyecto docente e investigador*, cit. p. 143.

⁴³ ABI-SAAB, G., «La coutume dans tous ses états», *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, t. 1, 1987, p. 60.

⁴⁴ MÜLLERSON, R., «The interplay of objective and subjective elements in customary law», *International law. Theory and practice. Essays in honour of E. Suy.*, Wellens (edit), Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 161-178, p. 176; *Asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, TIJ, Rec. 1986, p. 98, párr. 186.

⁴⁵ Vid. KOPELMANAS, L., «Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3 du statut de la Cour permanente de Justice internationale», *RGDIP*, 1936, n.º 3, pp. 285-308, p. 286; vid. una recopilación exhaustiva de todas las posiciones doctrinales en KOLB, R., *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, préface de G. Abi-Saab, Genève, Puf, París, 2000, en especial título 1.

⁴⁶ CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, vol. II, Cardona, J. (dir.), Aranzadi, 1998, pp. 134-136.

⁴⁷ Vid. VIRALLY, M., «Panorama de droit international public. Cours général de droit international public», *RCADI*, p. 173.

Más recientemente resurgen fundamentaciones objetivistas del Derecho internacional, estimando que forman parte del Derecho internacional con independencia del acuerdo o voluntad de los Estados⁴⁸, porque constituirían requisitos previos de su existencia y aplicabilidad⁴⁹, una *pre-condition for an organized international community of States and legal relations of its members*.

En todo caso cabe afirmar, a nuestro juicio, que hay un *consensus* de los Estados de la Comunidad internacional de Estados en su conjunto que aceptan que esos principios que están presentes en todo orden jurídico son aplicables en el orden internacional.

En este sentido los principios generales del Derecho comunes a los ordenamientos internos (abuso de derecho, igualdad de partes, derechos de defensa, autoridad de la cosa juzgada, cumplimiento recíproco..), es decir, que son derecho positivo en los derechos internos y son aplicables en el orden jurídico internacional, por un proceso de abstracción y universalización, en los que es relevante la decisión del juez internacional. Tienen la función principal de suplir las lagunas e insuficiencias de las fuentes principales y sirven para interpretar preceptos jurídicos de significado discutible⁵⁰.

Junto a este primer sentido, tienen otro contenido normativo como principios que informan un determinado sector del ordenamiento (libertad de comunicaciones marítimas; principios del derecho humanitario). En este caso se trata de normas generales y abstractas que se encuentran en las normas consuetudinarias y convencionales de las que pueden ser extraídos por inducción y de cuya naturaleza participan⁵¹.

⁴⁸ Este autor destaca el principio de la buena fe, el de prescripción, el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, las circunstancias excluyentes de la ilicitud (fuerza mayor, estado de necesidad, legítima defensa..), el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, el principio *inadimplendi non est adimplendum*, los principios generales del procedimiento arbitral y judicial (principio de igualdad de las partes; de igualdad de armas; la obligación de los órganos judiciales de ser imparciales; el principio de *res iudicata*, etc.

⁴⁹ DEGAN, V.D., «Some objective features in positive international law», *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, VVAA, Kluwer, 1996, pp. 128-128.

⁵⁰ Cfr. MARIÑO MENENDEZ, F. M., *Derecho internacional público (Parte General)*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 375-377.

⁵¹ MARIÑO MENENDEZ, F. M., *Derecho internacional público (Parte General)*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 377.

Las referencias judiciales a los «principios generales del derecho humanitario de los que los Convenios —de Ginebra— no son más que la expresión concreta»⁵², a los «principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra»⁵³, a los «principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional»⁵⁴, a «los principios cardinales que constituyen la esencia del derecho humanitario»⁵⁵, tampoco nos llevan a considerar una fundamentación objetivista.

Las referencias a las razones humanitarias constituyen la *ratio iuris* de este sector del ordenamiento, pero no son la base de un fundamento extrajurídico o de un carácter nomativo que surgiría de un sistema axiológico ético-moral, como ha indicado Swinarski⁵⁶. Se trata de indicaciones sobre las *finalidades* del Derecho internacional humanitario más que de una prueba de su naturaleza heteróclita en relación con otros conjuntos de normas internacionales.

La aparición de nuevos sujetos ha contribuido a la transformación del ordenamiento internacional. Aunque la aparición de las *Organizaciones internacionales* no ha transformado las fuentes formales de creación de normas generales del Derecho internacional, ha dado lugar a un cambio en los procesos de su elaboración y control así como en las relaciones entre las distintas fuentes, actuando como

⁵² TIJ, Rec, 1986, par. 220, sentencia de 27 de junio de 1986.

⁵³ Sentencia de 9 de abril de 1949, *Asunto del Estrecho del Canal de Corfú*, TIJ, Rec, 1949, p. 29.

⁵⁴ *Opinión consultiva de 18 de mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, TIJ, Rec, 1951, pp. 23-24.

⁵⁵ Relativos a la distinción entre combatientes y no combatientes o a la prohibición de causar daños superfluos a los combatientes. En relación con los mismos el TIJ señalo que «los Estados no gozan de libertad ilimitada de elección en cuanto al tipo de armas que pueden utilizar» (...) «en los casos no previstos en el presente protocolo o en otros acuerdos internacionales las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios generales del derecho de gentes y de los dictados de la conciencia pública». *Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, del TIJ, sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (solicitada por la AGONU), Parágrafo 78.

⁵⁶ Vid. sobre esto SWINARSKI, C., «Aux contours des fondements du droit international humanitaire», *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, VVAA, Kluwer, 1996, pp. 965-978, p. 968.

foros de concertación de los Estados. Han articulado la cooperación y la integración, según los casos y, a pesar del irreductible diplomático, han contribuido a reducir *el papel de las grandes potencias* en la sociedad internacional al favorecer su integración en el sistema de la *diplomacia multilateral* (aunque fuese al precio del Derecho de veto en el Consejo de Seguridad): es la concepción de las *OI como foros de intercambio y de confrontación de tendencias, ideologías y principios*, como señaló Mossler⁵⁷.

Aún cuando la estructura política fundamental de la sociedad internacional continúa siendo interestatal y, en tiempos recientes, las grandes potencias han «despreciado» los foros multilaterales⁵⁸, es innegable el importante papel que tienen en la renovación permanente del ordenamiento, de sus nociones e instituciones fundamentales, como ya puso de relieve Reuter⁵⁹.

Las Organizaciones han contribuido a la transformación del *sistema de fuentes del ordenamiento* (se terminó el monopolio de la práctica estatal en materia de precedentes para la formación de normas consuetudinarias, se desarrolló por nuevas vías la «legislación internacional», mediante técnicas más evolucionadas o más propias de sociedades desarrolladas), y de la relación entre los *derechos internos y el Derecho internacional* (baste recordar los principios de relación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales), en una tendencia que es inevitablemente crecientemente intercultural.

5. INTERCULTURALIDAD Y PLURALISMO JURÍDICO

La emergencia del factor cultural ha planteado asimismo la cuestión de si el *pluralismo cultural creciente se corresponde con un plura-*

⁵⁷ MOSLER, H., «Remarques sur la superposition du droit des Organisations internationales au droit des gens interetatique», *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al Prof. Miaja de la Muela*, 1, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 430-431.

⁵⁸ Cfr. RODRÍGUEZ CARRION, A., «El nuevo derecho internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia», *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, 16, Estudios de Derecho judicial, VVAA, Capella Hernández (coord.), Madrid, 1999, pp. 167, 168.

⁵⁹ REUTER, P., «Organisations internationales et évolution du droit», *Mélanges Achille Mestre*, 1956, publicado en *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de Droit international*, Economica, París, 1995, pp. 115 ss., p. 117.

lismo jurídico. Hay ámbitos del Derecho internacional en los cuales hay crecientes concepciones transnacionales en la medida en que se ha cambiado el paradigma del Estado por el paradigma de la transnacionalidad. La existencia de importantes poderes privados transnacionales que adoptan sus propias reglas de autorregulación ha dado lugar a la aparición del Derecho corporativo transnacional, que parece sustituir el Derecho internacional público como modo de regulación de las relaciones internacionales y que muestra insuficiencias contemporáneas⁶⁰. Se han puesto de relieve las contradicciones entre el régimen metropolitano (del DIP) y el régimen cosmopolita (del DI económico), entre el orden mercatique y el orden *etatique* (Kahn⁶¹); Osman se refiere a un derecho anacional, constituido por reglas a-estatales, a-nacionales y a-internacionales, en el sentido de a-interestatales⁶², lo que algunos autores consideran ya un hecho⁶³.

En nuestra opinión, las teorías sobre la transnacionalidad normativa no son siempre consistentes con la práctica ni con el desarrollo del ordenamiento⁶⁴. La referencia a un derecho transnacional no se realiza a un orden jurídico específico⁶⁵ en el ámbito económico. Una

⁶⁰ Vid. Sobre esto DEL ARENAL, C., «La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política», Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2001, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 17-87, p. 55; KENNEDY, D., *Droit International et politique*, IHEI, 1999/2000, Pedone, París, pp. 8-178, p. 39 ss.

⁶¹ En este sentido KAHN, P., «Droit International économique, droit du développement, *lex mercatoria*: Concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?», *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offerts à Berthold Goldman*, Edit. Litec, París, 1982, pp. 96 ss.

⁶² OSMAN, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, LGDJ, 1992; asimismo LEIBOWICZ, A., *Philosophie du Droit International. L'impossible capture de l'Humanité*, Puf, París, 1999, 442 pp., p. 85.

⁶³ Así TRACHTMAN, J., «The International economic revolution», *University of Pennsylvania Journal of International economic law*, vol. 17, 1996, bn.º 1m oo. 33-61.

⁶⁴ Como indica Rigaux la tesis de la transnacionalidad de Jessup se basa en los principios generales del Derecho y en ciertas sentencias arbitrales que carecen de rigor científico a tales efectos. Cfr. RIGAUX, F., *Droit public et droit privé Dans les relations internationales*, Pedone, París, 1977, pp. 367 ss., p.400.

⁶⁵ LEBEN C., «Retour sur la noption de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci», *Mélanges offerts à H. Thierry*, Pedone, París, 1998, pp. 247-280; WEIL, P., «Principes généraux du Droit et contrats d'Etats», *Etudes offerts pa B. Goldman*, París, 1982, pop. 387-414; MCNAIR, «The general principles of law recognized by civilizad nations», *BYBIL*, 1957, pp. 1-9.

cosa es que un problema sea transnacional y otra muy distinta es que lo sea el ordenamiento. El Derecho transnacional se somete al derecho estatal. Así, como indica Lejbowicz al utilizar el contrato para formar un orden jurídico no estatal el comerciante queda bajo la protección del orden estatal: jurídicamente el orden no estatal se convierte en orden estatal.

Más que una cuestión de pluralismo jurídico supone, en el derecho nacional y en el Derecho internacional, el reconocimiento de una cierta autonomía normativa sometida a un orden jurídico de referencia (nacional o internacional), pero no un orden independiente de ellos.

En el ámbito de la cultura se desarrolla una cierta autonomía cultural normativa en el sentido de reconocer cierta capacidad normativa de desarrollo, o ciertas reglas jurídicas previas y propias, con los límites establecidos por el Derecho internacional general de los derechos humanos, como sucede en relación, por ejemplo, con el Derecho internacional de los pueblos indígenas y como sucedía en la pasado con el Derecho internacional de las minorías.

Por ejemplo, el art. 34 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada por la AGONU, el día 13 de septiembre de 2007, indica que: «los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, precedentes, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos».

Ese denominado derecho al propio derecho⁶⁶ se realiza dentro del estándar mínimo internacional de derechos humanos. Existe un cierto pluralismo jurídico, como muestra el art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT⁶⁷ cuando indica que «al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados (indígenas), deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario», pero en

⁶⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., OLIVA MARTÍNEZ, D. (ed.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Dykinson, 2004.

⁶⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, L., *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law. The ILO Regime (191-1989)*, Oxford University Press, 2006.

la medida compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionales reconocidos (art. 9.1). En todo caso, hay que tener en cuenta que las especificidades de la justicia indígena no son un capricho, sino una forma de superar una discriminación histórica de los pueblos indígenas en el marco de los sistemas judiciales nacionales⁶⁸.

⁶⁸ OLIVA MARTÍNEZ, D., *La protección de los derechos de los pueblos indígenas: fundamento, contextos de creación y reconocimiento normativo en el Derecho internacional*, pp. 889 ss.; OCHOA GARCÍA, C., *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, 2002; ILAQUYICHE LICTA, R., *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador. Estudio de caso*, Quito, Ecuador, 2006.

SEGUNDA PARTE: COMUNICACIONES

LA DEFINITIVA SECULARIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN ESPAÑA

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO
Universidad Carlos III de Madrid

I.

En la producción normativa del Estado, el proceso de secularización de la sociedad tiene dos reflejos distintos y complementarios. En primer lugar significa la separación de los procesos de toma de decisiones y de elaboración de las leyes respecto de todo órgano perteneciente a una determinada confesión o credo religioso, dejando la potestad legislativa únicamente en manos de la soberanía popular a través de las instituciones democráticamente elegidas. El poder político se diferencia del religioso y las instituciones de este último pierden toda legitimidad para intervenir en los asuntos de la *res publica*. En segundo término, la secularización implica el rechazo de toda razón de fe, verdad revelada, posición dogmática o parámetro moral que sea exclusivo de una determinada confesión religiosa como fundamento moral posible del Derecho, instrumento de alcance general emanado de los órganos políticos del Estado. Dicho de otro modo, supone asumir que una ética privada no compartida por el conjunto de la población, como es cualquier código de valores religioso, no puede tener reflejo en el contenido o los fines de una ley, por definición obligatoria para toda una sociedad cada vez más heterogénea en sus planteamientos morales.

La separación institucional puede considerarse realizada en nuestro Ordenamiento, a pesar de determinadas concesiones a los ritos religiosos en el espacio público o los continuos intentos de determinadas organizaciones religiosas, que no asumen la pérdida de privilegios injustificados, por presionar e influir en la toma de decisiones políticas. Sin embargo, aún persisten residuos de la tradición moral de inspiración católica en nuestras leyes. Esto resulta especialmente

evidente en aquellas normas que tocan temas tan delicados, y que tradicionalmente la religión ha considerado de su exclusiva competencia, como el comienzo o el fin de la vida humana; al primero, además, se une el rechazo de los planteamientos más conservadores hacia toda manifestación no procreativa de la sexualidad. Aborto y eutanasia son dos cuestiones en las que el debate político no acaba de desprenderse de tabúes que, a la larga, acaban desembocado en regulaciones incongruentes, incompletas e ineficaces. Ahora, mediante la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo nos vemos ante la oportunidad de asumir, al menos en uno de esos dos temas, una concepción avanzada y, sin duda, más coherente con el modelo de Estado laico que se nos supone a partir del artículo 16.3 de la Constitución.

II.

La interrupción del embarazo aparece mencionada por primera vez en un cuerpo jurídico no canónico de lo que hoy sería nuestro país en las Siete Partidas del siglo XIII, donde se penaba a la mujer que se causara a sí misma un aborto (VII Partida, Título Octavo, Ley VIII, vigente hasta la Codificación en el siglo XIX). Desde entonces hasta la actualidad se ha mantenido la misma premisa conceptual de base: el aborto es, por naturaleza, un delito (cuando se realiza sobre el feto animado) y, como sucedía con el sistema de despenalización basado en indicaciones, su realización sin castigo debe ser interpretada como un suceso excepcional. Por ello, hasta la reforma del Código Penal de 1973 mediante la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, la interrupción voluntaria del embarazo era castigada como regla general, cabiendo únicamente la opción de encauzar el aborto destinado a salvar la vida de la gestante a través de la eximente de estado de necesidad.

Sólo encontramos una excepción positivizada, que además representa el primer intento por cambiar este paradigma. Durante la Guerra Civil se adoptó en Cataluña un modelo para despenalizar el aborto basado en indicaciones limitadas temporalmente que, en la práctica y por la regulación de desarrollo, funcionaba como un sistema de plazo puro a partir de la simple solicitud de la embarazada. Lo relevante de este ejemplo, no obstante, es la consideración de la interrupción voluntaria del embarazo como una medida de acceso común para regular la natalidad, no como una excepción al delito.

La idea subyacente en la punición del aborto es la identificación entre delito y pecado, nacida en el sistema basado en el modelo de identidad en las relaciones Iglesia-Estado propio de la Edad Media: la ley civil castigaba determinadas conductas porque previamente la religión las había determinado como pecado, y el aborto era, especialmente, una de ellas. Ya desde sus orígenes, el cristianismo asimiló el aborto con el homicidio al considerar que la vida humana, además de ser indisponible para el hombre por no pertenecerle, surge en el momento de la animación del feto, cuando el alma penetra en el cuerpo. Así, abortar no suponía simplemente la destrucción de una vida biológica sin más, como cualquiera otra presente en la naturaleza de las que el hombre sí podía disponer. Era acabar con una vida dotada de alma, es decir, poseedora de un elemento diferenciador como creación respecto de los animales. La diversidad de planteamientos teológicos sobre el momento de la animación era mucho mayor de lo que podría pensarse viendo la postura oficial y excluyente al respecto que mantiene hoy en día la Iglesia Católica, decantada por la teoría de la animación inmediata acompañada de una interpretación estricta del criterio de la potencialidad que le lleva a condenar tanto el aborto directamente realizado en cualquier circunstancia, por considerar que se trata siempre del asesinato de una persona inocente, como el empleo de métodos anticonceptivos. En todo caso, interrumpir un embarazo tras la animación del feto por cualquier causa estaba (y está en el código moral privado religioso) considerado como una modalidad de homicidio, delito que a su vez encontraba la justificación de su punición y de su reprobación moral en el hecho de ser una conducta pecaminosa.

La modernidad trajo el abandono de la dependencia entre ley penal y pecado, pero sus consecuencias aún permanecen en la configuración de delitos como el de aborto, garante de un bien jurídico confuso. Hay valores que, junto con los delitos que los tutelan, ya se han despojado de su base religiosa: la vida humana independiente, por ejemplo, no se respeta por derivación del hecho de ser creyente, sino como un valor en sí mismo compartido por el común de los ciudadanos. Pero con la consideración del no nacido no ha pasado lo mismo. La idea de que estábamos ante una actuación moralmente reprobable estaba presente en la propia forma de establecer las indicaciones del sistema de la Ley Orgánica 9/1985; y no sólo porque, coloquial o técnicamente, lo común fuera referirse a los supuestos de aborto legal como «supuestos de despenalización» (casos en los que

el delito no actúa) en lugar de hablar de, por ejemplo, condiciones de legalidad, término por el que sin duda deberíamos decantarnos con el nuevo modelo. El artículo 417bis del Código Penal de 1973 determinaba unas condiciones en las que el aborto «*no será punible*»; la expresión empleada parecía decirnos que se estaba levantando la prohibición «natural» de no abortar, en lugar de formular las indicaciones como espacios de actuación de la mujer con cierta libertad. Los supuestos de no punición sólo tenían sentido si se ponían en relación con unos tipos penales cuya amplitud de formulación abarca todos los casos que pueden acontecer en la realidad y sólo puntualmente no se activaban.

Así las cosas, hasta ahora la inmensa mayoría de la doctrina penalista asumía como algo irrenunciable el carácter naturalmente delictivo del aborto, a veces de manera consciente por adscripción ideológica, otras por simple convención; y es probable que, por su calado, esa idea se mantenga a pesar de la nueva regulación. En consecuencia, las indicaciones eran tenidas como causas de justificación amparadas en el estado de necesidad identificables con finalidades concretas en casos en los que el mal que se producía era menor que aquel que se intentaba evitar y, además, no había ninguna clase de obligación de sacrificarse por parte de la mujer. Es decir, razones especialmente poderosas que hacen que aquel cometa un delito no sea castigado por ello, aunque siga cayendo sobre él la carga de haber realizado algo injusto. Aunque se actuara cumpliendo con los requisitos de la Ley, interrumpir un embarazo era concebido en el fondo como algo natural e irremediamente injusto. A esto nos referimos cuando decimos que la secularización no había alcanzado el fundamento de esta regulación (dejando al margen el hecho de su ineficacia demostrada).

¿Y por qué el aborto no puede dejar de suponer algo injusto? Pues porque se entiende que atenta contra la vida humana. Se matiza que se trata de vida en formación, dependiente, no plena... Por eso no está absolutamente equiparado al homicidio en cuanto a penas; el grado de castigo es el único elemento que aleja al Código Penal de la identificación absoluta entre vida en formación y vida nacida del credo cristiano. Pero, salvo algún autor aislado que defiende que este delito protege otros bienes jurídicos, no se cuestiona el hecho de seguir empleando un término, vida, que no sólo describe una realidad física, sino que presenta serias connotaciones morales por su proximidad con el concepto de persona (titular de derechos fundamentales)

al acercarlo a la noción de derecho a la vida de la que gozan los sujetos nacidos. Esto fue respaldado por el Tribunal Constitucional, que tampoco supo separarse de la convención, al pronunciarse sobre este tema en su Sentencia 53/1985, de 5 de julio, donde acertadamente calificó al nasciturus como «*bien jurídico constitucionalmente protegido*» (FJ 7.º), y no como titular del derecho a la vida, pero haciendo derivar expresamente el deber de su salvaguarda del artículo 15 de la Constitución.

No hay nada, a parte de argumentos de base religiosa, que apoye la consideración del embrión o feto como persona; no existe un concepto científico de persona moral, porque ésta es una categoría valorativa, no empírica. La ciencia no puede determinar la consideración ética del no nacido, sólo demostrar que se trata de una entidad biológica diferenciada, pero eso no es objetivamente equivalente a ser sujeto de derechos. El razonamiento es interesado y la determinación de qué es persona, arbitraria. Como señala MASIÁ, decir que la medicina aporta evidencias para considerar persona al feto es idolatrar al ADN, haciéndole decir lo que no dice con el fin preconcebido de personificar al embrión¹.

El caso es que, en abstracto y como concepto, parece una idea comúnmente aceptada que el concebido no nacido en sí mismo como realidad, con total independencia de que pueda ser o no persona o que se le considere o no vivo, es merecedor de cierta protección. Realmente no hay motivo para seguir recurriendo a su vinculación con el concepto de persona o a una interpretación extensiva y confusa del derecho a la vida como fundamento para ello. La Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva parece, por fin, desprenderse de la influencia religiosa para tratar el aborto desde la perspectiva de la ética pública, la libertad individual y el derecho a decidir sobre la propia salud de la mujer.

III.

Lo primero que llama la atención de la forma de introducir las condiciones de legalidad de la interrupción del embarazo en la nueva Ley es que ha desaparecido toda referencia a categorías penales. Los

¹ MASIÁ CLAVEL, J., *Tertulias de Bioética*, Trotta, 2.ª ed., Madrid, 2006, p. 115.

artículos 13 y 14 hablan simplemente de «requisitos» (necesarios) para la interrupción voluntaria del embarazo en el plazo de 14 semanas de gestación: práctica por un especialista en centro sanitario público o privado acreditado, mediando el consentimiento informado de la mujer, y después de haber informado a ésta sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y se le haya dejado un plazo de, al menos, tres días de reflexión. Esta información no puede estar destinada, como en el modelo alemán, a intentar que no aborte; eso sería un atentado contra su libertad de conciencia y un intento de imposición de convicciones ajenas. Debe tratarse de información veraz y objetiva destinada a informar el ejercicio del consentimiento responsable para lograr una verdadera autodeterminación personal y, en última instancia, el libre desarrollo de la propia personalidad.

Ya no hay elementos de justificación de la conducta porque ésta ya no se presenta como algo negativo, sino como un derecho de la mujer ejercitable dentro de unos límites, en un claro cambio de paradigma que trasciende el mero hecho de optar por otros requisitos formales, como el sistema de plazos. No profundizaremos en la constitucionalidad del sistema de plazos, simplemente nos atenderemos a lo expresado en su momento por A. Ruiz Miguel cuando señaló que una lectura amplia de la Sentencia 53/1985 no excluye la viabilidad constitucional de un sistema de plazos, ya que su conclusión es que se exige una ponderación entre los distintos bienes y derechos en juego, de la cual no se pueden excluir a priori ni la indicación social ni un sistema de plazos, a partir de los derechos fundamentales a la vida y a la salud que se reconocen a la embarazada, junto con su «derecho de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida», derivado de la dignidad de la persona, frente al nasciturus como bien jurídico².

Excepcionalmente, el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010 permite ampliar el plazo a 22 semanas siempre que se aleguen causas de tipo médico, pero como medida de garantía de la protección del nasciturus. La primera es la existencia de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, constando en un dictamen, del que puede prescindirse en caso de riesgo vital, emitido con anterioridad a la

² RUIZ MIGUEL, A., *El aborto: problemas constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 89 ss.

intervención por profesional especialista distinto del que la practique o dirija. Después aparece el riesgo de graves anomalías en el feto que conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. Finalmente, la detección de anomalías fetales incompatibles con la vida reflejadas igualmente en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o de una enfermedad en el feto extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico confirmada por un comité clínico permite el aborto sin sujetarse a plazo. Su formulación es similar a las indicaciones terapéutica y eugenésica derogadas, pero su finalidad es claramente otra.

Prueba de que el nuevo sistema no desprotege al no nacido es que, más allá de las 22 semanas, el aborto no se puede realizar en ningún caso, cosa que sí era posible antes mediante la indicación terapéutica. Antes de ese punto, la protección al concebido se articula a partir del tiempo de gestación y de la propia responsabilidad de la mujer, no mediante la causa o las circunstancias del embarazo. Se está constituyendo para la vida en formación con más de cinco meses y medio una protección incondicional, una garantía condicionada igual a la del sistema de indicaciones entre las catorce y las veintidós semanas y, en la primera fase del desarrollo, una salvaguarda a partir de la responsabilidad y el propio sentido maternal de la mujer, para quien el embarazo no es una circunstancia emocionalmente irrelevante ni desde luego, como apuntan los que aún pretenden criminalizar a las mujeres que no comparten sus ideas, un acto frío e inhumano. Un aborto siempre tiene repercusiones psicológicas para quien lo sufre, por lo que si decide llevarlo a cabo será por razones sólidas, porque considera que continuar con él supone un compromiso grave para su dignidad y su autonomía. Quien piense que esto es amparar el aborto libre no entiende el significado de esta expresión.

Además, se ofrece una mayor seguridad jurídica porque un límite temporal es claro y puede medirse, mientras que de una valoración médica no podemos conocer el resultado *a priori*. Con la perspectiva de la Ley Orgánica 2/2010, el delito se concibe a partir de la conducta legal, y no al revés como sucedía hasta ahora. El aborto realizado en condiciones normales, entendiéndose por tales las que la Ley establece como garantía de observación de todos los intereses en juego, es algo asumido por el Derecho que, sin embargo, castiga

penalmente las ocasiones, excepcionales, en las que se incumplen las garantías.

Se ha colocado la realidad de la interrupción voluntaria del embarazo en su ámbito, que no es el de la conducta vergonzante realizada al margen de la visibilidad pública, sino el de la asistencia sanitaria constitucionalmente garantizada, encuadrada además en un sistema global de promoción e información de la salud sexual y reproductiva de los ciudadanos y, especialmente, las ciudadanas. Debe desaparecer toda duda respecto de la consideración de las intervenciones de interrupción de la gravidez como prestaciones de tipo médico en las que, expresamente, son de aplicación los derechos reconocidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y en la Ley General de Sanidad, especialmente en lo relativo a la garantía de la igualdad en el acceso a las prestaciones. Los artículos 13, 14.a) y 17 de la Ley Orgánica 2/2010 son expresiones de una manifestación concreta de los derechos a decidir sobre la propia salud y a la información sanitaria para poder actuar con verdadera libertad.

Con ello, contamos al fin con una base positivizada para poder desechar la interpretación del aborto estrictamente basada en el conflicto de derechos o de bienes y derechos. Ahora se puede abordar la cuestión a partir del derecho a decidir sobre la propia salud y su limitación en función del nasciturus como un elemento que trasciende el bienestar físico, psíquico o social de la mujer pero que, aunque se encuentre íntimamente relacionado con él hasta el punto de modularlo, no lo conforma. La presencia del embrión o feto hace que la decisión de interrumpir el embarazo no sea como aquellas cuyos resultados afectan únicamente al organismo del paciente: la consideración del nasciturus como bien constitucionalmente protegido hace que el derecho a decidir sobre la propia salud, con las cautelas debidas, de la mujer no pueda desplegarse de cualquier forma o sólo a partir de la voluntad de la paciente, pero no altera su esencia. Bajando hasta los detalles de la regulación está claro que algunas opciones no eran la única posibilidad que brindaba el marco legal. Pero en cuanto a sus líneas generales, el sistema de plazo y la presencia determinante del consentimiento informado sí son la derivación obvia y lógica de la normativa sobre autonomía del paciente. No se puede ignorar, no obstante, que la norma destila cierta influencia de los argumentos favorables a la libre disposición del propio cuerpo por parte de la mujer, y a que nadie más lo haga, que ya en los años setenta se defendían desde ciertas tribunas feministas.

IV.

Aunque nos parezca adecuado en cuanto a su planteamiento general y trasfondo, la Ley Orgánica 2/2010 sufre de defectos, algunos muy graves. De hecho, nos encontramos ante un nuevo caso de buena idea que acaba en una mala implementación.

En primer lugar, tenemos la polémica suscitada por el artículo 13.4 de la norma, cuando equipara para el aborto el consentimiento de las menores de 16 y 17 años al de una adulta. En la medida en que la minoría de edad es la objetivización de un estadio de la vida en el que el desarrollo intelectual no es suficiente, podemos encontrarnos con problemas de juicio especialmente graves por lo trascendente de la cuestión. Realmente no es más que una asunción de lo que dispone la Ley 41/2002 al respecto, aunque quizá habría sido más conveniente, antes que aplicar un criterio cerrado por razón de edad, atender al desarrollo intelectual concreto de cada menor para determinar si puede o no prestar consentimiento autónomo para abortar. La Ley Orgánica parece estar estableciendo una regla general a partir de situaciones patológicas de desarraigo o problemas familiares que deberían ser la excepción: al decir que no se informará a los padres o tutores en caso de la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo se está considerando estos casos y proponiendo medidas especiales. El problema es que el régimen general parece más pensado para dar respuesta a esta situación que para un devenir normal de los acontecimientos. Los hechos excepcionales merecen medidas especiales, pero no pueden inspirar la regulación general.

Después, no se pone fin a la posibilidad de fraude de ley que existía a través de la indicación terapéutica. Aunque ya no se hable expresamente de la salud psíquica sí se entiende, mediante la definición del artículo 1, que dentro de la salud de la embarazada está comprendida su salud mental, por lo que pueden seguir apreciándose graves riesgos psicológicos de entidad suficiente como causa para interrumpir un embarazo más allá de la decimocuarta semana. Si reglamentariamente no se especifican mecanismos de control que garanticen el rigor de los informes psicológicos previos seguiremos manteniendo los actuales problemas de discriminación por razón de capacidad económica, permitiendo abortar en mayor plazo a quien pueda pagar

un informe favorable a través del sistema privado, estableciendo en la práctica un sistema de plazo de veintidós semanas restringido por la capacidad económica de la solicitante.

En tercer lugar, la restricción temporal de la posibilidad de abortar en el supuesto de riesgo para la vida de la madre coloca a ésta en una clara posición de desventaja a partir del quinto mes y medio de embarazo. Si pasado ese tiempo la única manera de salvar la vida de la mujer es terminar el embarazo y el feto no es viable, el facultativo estaría cometiendo delito conforme al artículo 145 del Código Penal (aborto cometido fuera de los casos legales), y la única posibilidad sería recurrir a la eximente genérica de estado de necesidad del artículo 20.5 del Código Penal para que no fuera castigado por actuar de una manera que, con la anterior regulación, sí era posible. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010 señala que en estos casos lo adecuado será proceder con un parto inducido, pero ni se plasma en su articulado ni se plantea qué sucederá cuando no sea posible actuar de ese modo, ya que la viabilidad del feto (es decir, su capacidad para sobrevivir separado de la madre) no sólo depende de su tiempo de desarrollo, porque con el estado actual de la técnica un feto de cinco meses y medio puede ser por regla general viable de manera sostenida, sino también de su peso o las circunstancias concretas de la gestación.

Por último, en lo que quizá es el defecto más grave de una regulación que, como en muchas otras ocasiones, se acobarda en el momento de tomar medidas que verdaderamente atajen el problema que aborda, sigue sin garantizarse que la embarazada podrá acceder a la prestación en el sistema público de salud en un tiempo y forma que no menoscaben su dignidad. El artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2010, lejos de detallar los elementos del ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los profesionales que intervengan directamente en intervenciones de interrupción del embarazo, sólo señala algunas pautas, francamente insuficientes, que nos hacen temer por la perpetuación de la situación patológica que vivíamos con el sistema anterior. Obliga a exponer la objeción anticipadamente y por escrito y la limita a los profesionales directamente implicados en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo de manera individual. Hasta ahí perfecto, pero formalmente la previsión legal es insuficiente y deja demasiadas cuestiones al desarrollo reglamentario. Esta es una cuestión que merece un análisis excepcionalmente detallado, pero de momento se puede apuntar que la garantía al «acceso y la

calidad asistencial de la prestación» no se va a cumplir si, como se hace en su párrafo segundo, se da cobertura jurídica al recurso a la sanidad privada en unas «circunstancias excepcionales» en las que el servicio de salud no pueda hacerse cargo de la prestación. Esta va a seguir siendo la regla general como no se detalle la regulación de la objeción de conciencia como un derecho limitado por la necesidad de satisfacer aquellos de la paciente y se impida, de una vez por todas, el abuso de derecho en este ámbito.

DISPOSICIONES MANEJADAS

—Constitución Española de 1978.

—Decreto de Presidencia de la Generalitat de Cataluña de 25 de diciembre de 1936, por el que se regula la interrupción artificial del embarazo. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 9 de enero de 1937.

—Orden del Departamento de Sanidad y Asistencia Social de la Generalitat de Cataluña de 1 de marzo de 1937. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 5 de marzo de 1937.

—Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos. BOE de 12 de julio de 1985.

—Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad. BOE de 29 de abril de 1986.

—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. BOE de 15 de noviembre de 2002.

—Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE de 4 de marzo de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, J. L., *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1992.

DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, Ariel, 1.ª reimpr., Barcelona, 1998.

- LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, Bosch-SPICUM, Barcelona, 1990.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Thomson-Civitas, 3.^a ed., Pamplona, 2007.
- MASIÁ CLAVEL, J., *Tertulias de Bioética*, Trotta, 2.^a ed., Madrid, 2006.
- RUIZ MIGUEL, A., *El aborto: problemas constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- THOMSON, J.J., «A defense of abortion», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n.º 1, 1971, pp. 44-66.

INTERCULTURALIDADE E FONTES DO DIREITO A ÉTICA DA RACIONALIDADE DO *OUTRO* COMO PRINCÍPIO E CRITÉRIO OBJETIVO NA ANÁLISE DA INTERCULTURALIDADE E SUA RELAÇÃO QUANTO À LEGITIMAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

ARTUR CÉSAR DE SOUZA¹



A palavra *fontes*, em sua concepção original, é derivada do latim *fons* (nascente, manancial), e, segundo *DE PLÁCIDO E SILVA* «*entende-se, em lato sentido, o local em que nascem ou brotam as águas*»².

Fontes, segundo seu próprio sentido etimológico, *origem, procedência*, «*é empregado para indicar tudo de onde procede alguma coisa, onde ela se funda e tira razão de ser, ou todo fato que dá nascimento a outro*»³.

A expressão «fontes do direito» apresenta certa multivocidade, como nos diz *Luiz Regis Prado e Munir Karam*, convertendo-se aos

¹ Juiz Federal brasileiro do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFSC; Pós-Doutor pelas seguintes Universidades: Universidad de Valencia - Espanha; Università Statale di Milano - Itália e Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

² PLÁCIDO E SILVA, D. *Vocabulário jurídico*, Forense, volume I e II, A-C e D-I, São Paulo, 1984, p. 311.

³ PLÁCIDO E SILVA, D. *Vocabulário jurídico*, cit., nota 2.

olhos de muitos estudiosos em equivocidade, e não raros propõem substituí-la por outras. Kelsen não vacila em suscitar a imprestabilidade do termo «fontes do direito» em decorrência de sua pluralidade de significações. No entanto, nas línguas conhecidas do ocidente, emprega-se esse termo, utilizando-se nos idiomas mais importantes do mundo nas seguintes versões «*sources du droit, sources of law, Rechtsquellen, fonti del diritto, fuentes del derecho*»⁴.

Planiol nos diz que a expressão *fontes de direito* pode ser tomada em dois sentidos diferentes. Quando se trata de direito antigo, refere-se aos documentos em que podemos estudar uma legislação extinta ou abolida, o que é importante para os historiadores (ex. Código de Manou, as Leis Cretenses, a Lei das Doze Tábuas e o *Corpus Juris Civilis*). No segundo sentido, chamado *législation vivante*, que é o direito em vigor, significando *as diferentes maneiras pelas quais as regras jurídicas são estabelecidas*; ou, como diz Tito Fulgêncio, *são os mananciais donde aparece exteriorizado o princípio jurídico*; ou ainda, como diz Espínola, *são as formas concretas que o direito objetivo assume num Estado e num tempo determinado*⁵.

Sustenta-se que há dois tipos de ordenamento jurídico bem definidos no que concerne à origem do direito, ou seja, o da *tradição romanística* (noções latinas e germânicas) e o da *tradição anglo-americana* (*common law*). A primeira enfatiza o primado do processo legislativo, acentuando-se após a Revolução Francesa, «*quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat Social*». Ao lado da tradição romanística, há o direito consagrado pelos povos anglo-saxões, «*nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se do Direito misto, costumeiro e jurisprudencial*»⁶.

Miguel Reale nos brindou com um amplo apanhado geral pela história do direito, fazendo uma retrospectiva das fontes através do

⁴ PRADO, L. R.; KARAM, M., *Estudos de Filosofia do Direito*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, s/d, pp. 73/74.

⁵ LIMA, J. F., *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Forense, 3.^a ed., vol. I, Rio de Janeiro, 1957, p. 30.

⁶ REALE, M., *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, 9.^a ed., São Paulo, pp. 141-142.

tempo, o que, segundo ele, só é possível à luz da *Antropologia cultural* ou *Etnologia* (ciência da cultura material e espiritual dos chamados povos «selvagens» ou «primitivos») e da História. Demonstra-nos o renomado filósofo brasileiro a importância do direito costumeiro nas sociedades primitivas, bem como que a jurisdição, a lei e a doutrina só apareceram em um momento já bastante evoluído da cultura jurídica como se pode facilmente ver na história do Direito Romano e do Direito Contemporâneo do Estado Burguês⁷.

⁷ REALE, M., *Lições Preliminares de Direito, cit., nota 6*: «Não vamos aqui abrir aulas sobre Etnologia jurídica, mas apenas fazer algumas indagações, a fim de que não se pense que o problema da lei surgiu repentinamente, ou que o problema da jurisdição, da atividade decisória dos juizes, tenha acompanhado o homem desde as suas origens. Não foi assim. O Direito foi, em primeiro lugar, um fato social bem pouco diferenciado, confuso com outros elementos de natureza religiosa, mágica, moral ou meramente utilitária. Nas sociedades primitivas, o Direito é um processo de ordem costumeira. Não se pode nem mesmo dizer que haja um processo jurídico costumeiro, porquanto as regras jurídicas se formam anonimamente no todo social, em confusão com outras regras não jurídicas. Os costumes primitivos são como que uma nebulosa da qual se desprenderam, paulatinamente, as regras jurídicas, discriminadas e distintas das regras morais, higiênicas, religiosas e assim por diante. Esse período do Direito costumeiro, diferenciado ou não, é o mais longo da humanidade. Alguns calculam em dezenas e até mesmo em centenas de milhares de anos a fase em que as formas de vida religiosa, jurídica etc., ainda não se distinguiam uma das outras. Mesmo quando a espécie humana começou a ter vaga noção dessas distinções; o Direito foi, durante milênios, pura e simplesmente um amálgama de usos e costumes. O homem viveu, preliminarmente, o Direito de forma anônima. Os processos de revelação do Direito primitivo, ou de sua concretização, constituem objeto de uma disciplina que se chama Etnologia jurídica. Os grandes etnólogos contemporâneos formulam hipóteses sugestivas sobre os fatores de produção das regras do Direito arcaico. Para simplificar a matéria, diremos que são dois os grandes canais, através dos quais o Direito se origina como costume. Um é representado pela força, pelo predomínio de um chefe —força aqui tomada na sua acepção tanto moral como física— porque, às vezes, a supremacia de um indivíduo se impunha na tribo pelo prestígio de sua inteligência, de sua sabedoria, de sua astúcia, mais do que pela potência de seus músculos. O outro meio de expressão do Direito costumeiro primitivo manifesta-se através de procedimentos religiosos ou mágicos. Há uma ligação muito íntima entre o elemento mágico ou místico e as primeiras manifestações da vida jurídica. O homem primitivo, longe de ser o liberto, o emancipado de laços, como foi pintado pelos idealizadores de um paradisíaco «estado de natureza», supostamente anterior à sociedade organizada, é antes um ser dominado pelo temor, e que precisa defender-se de todos e de tudo. Podemos dizer que, antes de mais nada, ele se defende de si mesmo, pela sua angústia permanente em face da existência, ante a natureza que o envolve e que ele não compreende. Essa posição do homem primitivo dá uma coloração mágica às primeiras regras jurídico-sociais que se ocultam na noite dos tempos. Não pensem que o Direito surgiu com os romanos ou que tenha a história curta do Código do rei Hamurabi, que é de dois mil

Contudo, essa análise histórica das fontes do direito, seja na tradição romana, seja no *common law*, permite-nos observar que a legi-

anos antes de Cristo. Os etnólogos nos afirmam que, em épocas remotas, houve cavernas em que trabalhavam dezenas de indivíduos empenhados na fabricação de machados neolíticos, para serem vendidos em mercados distantes. A existência dessas cavernas implica uma discriminação de tarefas já naquela época e, por conseguinte, uma relação entre senhores e escravos, primeira e tosca forma de relação de trabalho, visando à realização de trocas etc. A Lei das XII Tábuas, que estão estudando em Direito Romano, e é um documento fundamental do Direito do Ocidente, também se caracteriza por ser uma consolidação de usos e costumes do povo do Lácio. A lei não se distinguia do costume, a não ser por este elemento extrínseco, de ser escrita: apenas esculpia, para conhecimento de todos, aquilo que o poder anônimo do costume havia revelado. E só com o decorrer do tempo, através de uma longa experiência científica, que a lei passa a ter valor em si e por si, traduzindo a vontade intencional de reger a conduta, ou de estruturar a sociedade de modo impessoal e objetivo. Ao mesmo tempo que se forma a norma legal ainda presa umbilicalmente ao costume, surge também a jurisdição. Quando aparece um órgão incumbido de declarar, no caso concreto, o que é o Direito, já estamos na adolescência da vida jurídica. O Direito primitivo é um Direito anônimo. Não sabemos quando, nem onde surge o costume. A princípio é um chefe que, por um ato de prepotência ou astúcia, impõe uma regra de conduta. É bem possível que esta tenha ficado, durante alguns anos, ligada à sua pessoa. Aos poucos, porém, o nome cai no olvido e outra iniciativa vem ligar-se àquela, completando-a, modificando-a. Como bem se percebe, o Direito costumeiro é um Direito anônimo por excelência, é um Direito sem paternidade, que vai se consolidando em virtude das forças da imitação, do hábito, ou de «comportamentos exemplares». Já em estágio mais evoluído da civilização, aparecem os primeiros órgãos, cuja finalidade específica é conhecer o Direito e declará-lo. São os chamados órgãos de jurisdição. *jurisdicere*, -dizer o que é de direito em cada caso concreto, esta é a obra do juiz, é a obra dos pretores. O Direito Romano é um Direito doutrinário e jurisprudencial por excelência, porquanto é orientado pelo saber dos jurisconsultos combinado com as decisões dos pretores, ambos atuando em função da experiência. A grandeza de Roma não consistiu em doutrinar o Direito, mas em vivê-lo. Não existe uma teoria jurídica romana, na qual se procure, de maneira clara e intencional, distinguir o jurídico do não-jurídico. Existiu, entretanto, uma experiência jurídica bem clara e bem consciente de sua especificidade. Quando surgia uma demanda, os juizes julgavam segundo a *ratio juris* e não segundo critérios morais. Situando o problema no domínio propriamente jurídico, criaram órgãos destinados especialmente a esse fim. Outros povos já haviam percebido esse problema como, por exemplo, o povo grego, mas é em Roma que a consciência da jurisdição aparece de maneira clara e concreta, por estar vinculada cada vez mais a um sistema objetivo de regras de competência e de conduta. Foi nesse momento que a Ciência do Direito lançou a sua base mais sólida e começou praticamente a existir, exigindo a elaboração de categorias lógicas próprias, através do trabalho criador dos jurisconsultos. Foi só mais tarde, bem mais tarde, depois do Direito Romano clássico, isto é, quando começou a decadência do mundo romano, que a *lei*, ou melhor, o *processo legislativo*, passou a prevalecer sobre o *processo jurisdicional* como fonte reveladora do direito».

timação das fontes do direito seria proveniente de um certo *monismo jurídico*, no qual prevalece uma cultura jurídica *unitária* que reproduziu idealizações normativas reveladoras de certo tipo de racionalização formal, sem reconhecimento de alternativas outras também válidas e legítimas, ou seja, sem o reconhecimento de uma racionalização material quanto às fontes do direito. Assim, o Direito Estatal, legislado diretamente por um poder unitário e soberano, quanto o Direito dos Juízes, resultante de precedentes, irão gerar as bases racionais de uma tradição jurídica lógico-formalista. Tanto o racionalismo filosófico quanto o iluminismo político favoreceram os horizontes específicos do Estado Liberal burguês-capitalista que, como fonte única de validade, foi capaz de exprimir em normas jurídicas as idéias, os objetivos, as necessidades e as relações sociais de segmentos dominantes da sociedade. Por isso, das diferentes expressões instrumentais de produção normativa (leis, precedentes, jurisprudência, doutrina etc) que têm revelado e sustentado o princípio do *monismo jurídico* na modernidade burguês-capitalista, doravante, há de se privilegiar e se ater tão-somente à mais significativa formalização normativa da organização política moderna: O Direito Estatal burguês capitalista, assentado nos princípios da *estatalidade, unicidade, positividade e racionalização*⁸.

Contudo, mesmo que se admita num primeiro momento a hegemonia do projeto jurídico unitário, especialmente do Direito Estatal, esta hegemonia não impede a existência concomitante do pluralismo jurídico de uma tradição bem mais antiga de formulações jurídicas comunitárias, com a manutenção de ordenamentos jurídicos independentes do Estado e de seus órgãos institucionais (Parlamento e Judiciário), dentre os quais merecem destaques: o Direito Eclesiástico e o Direito Internacional⁹.

Mas essa hegemonia do projeto jurídico unitário tende a perder força, principalmente a partir da percepção da *crise e esgotamento* do modelo jurídico liberal-individualista, que não oferece resposta satisfatórias (eficazes) aos reclamos político-sociais de segurança e certeza no atual estágio de evolução das sociedades complexas e

⁸ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico - fundamentos de uma nova cultura do direito*, Editora Alfa-Omega, São Paulo, 1994. pp. 39, 40, 58 e 59.

⁹ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico - fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, pp 39-40.

conflitivas de massa, necessitando-se buscar uma nova perspectiva para as fontes do direito, perspectiva essa que leve em consideração o multiculturalismo co-existencial nas sociedades contemporâneas e globalizadas¹⁰.

Estamos diante de uma crise de legitimação que impõe a obrigatoriedade de se propor a discussão sobre a «crise de paradigmas», uma vez que não se pode mais desconsiderar a incapacidade das ciências humanas de tratar eficazmente a totalidade da situação do ser humano em face das distorções das formas de «verdade» tradicionais e dos obstáculos epistemológicos ao saber vigente¹¹.

Conforme ensina José Eduardo Faria: «a idéia de crise aparece quando as racionalidades parciais não mais se articulam umas com as outras, gerando graves disfunções estruturais para a consecução do equilíbrio social. (...) a crise representa a Sociedade (...) invadida por contradições. Assim considerada, a crise é uma noção que serve para opor uma ordem ideal a uma desordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não sabe dar respostas eficazes»¹².

A crise do direito como paradigma da dogmática jurídica estatal está diretamente relacionada com a crise dos fundamentos e dos paradigmas que norteiam a modernidade.

Além do mais, a análise histórica e etnológica do direito irá nos mostrar que, tenha o direito por fonte o costume, o primado da legislação ou os precedentes jurisprudenciais, o certo é que o *fundamento de validade do direito* encontra-se sobrecarregado de interesses políticos, econômicos, sociais, condicionado por ideologias, sitiado por valores¹³. Há, assim, um constante *pluralismo ideológico* na perspectiva histórica das *fontes do direito*.

E esse pluralismo ideológico atravessa diferentes momentos da histórica ocidental, mundos medievais, moderno e contemporâneo,

¹⁰ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, p. XII.

¹¹ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, p. 62.

¹² WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, p. 63.

¹³ FALCON Y TELLA, M. J., *Conceito e fundamento de validade do direito*, Trad. Stefani Borba de Rose Trunfo, Editora Triângulo, São Paulo, s/d, p. 15.

«inserindo-se numa rica e complexa multiplicidade de interpretações, possibilitando enfoques marcados pela existência de mais de uma realidade, de amplas formas de ação e da diversidade de campos sociais com particularidade própria»¹⁴.

Essa complexa multiplicidade torna-se mais evidente diante de um mundo globalizado, de fácil movimento migratório populacional, instituidor de comunidades comuns regionais ou continentais, quando não de multiculturas inseridas no interior de um mesmo Estado ou de uma mesma Comunidade de Estados.

A complexidade cultural de interesses políticos, sociais, econômicos, étnicos, raciais, condicionada por ideologias e sitiada por valores já não pode ser analisada e resolvida sob a perspectiva jurídica restritiva e fechada de um determinado Estado ou Nação, nem por um positivismo jurídico dogmático que permanece preso à legalidade formal escrita e ao monopólio estatal de produção normativa, afastando-se das práticas sociais, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos sociais, étnicos, culturais.

Evidentemente que, tratar a questão do pluralismo jurídico supõe necessariamente questionar os fundamentos inapeláveis do positivista, tão freqüentemente dominante em nossas Universidades de Direito, no sentido de que o *fundamento de validade* do direito encontra-se restrito ao pertencer a norma a um determinado ordenamento jurídico estatal, pouco importando a complexidade multicultural que se percebe cada vez mais nas relações sociais¹⁵.

Na verdade, o *pluralismo jurídico* compreende muitas tendências com origens diferenciadas e caracterizações singulares, «envolvendo o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si»¹⁶.

Não é fácil consignar uma certa uniformidade de princípios essenciais, principalmente pela diversidade de modelos (*fontes do di-*

¹⁴ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, p. XI.

¹⁵ FALCON Y TELLA, M. J., *Conceito e fundamento de validade do direito*, cit., nota 13, pp. 16-17.

¹⁶ FALCON Y TELLA, M. J., *Conceito e fundamento de validade do direito*, cit., nota 13, pp. 16-17.

reito) e de autores, «*aglutinando em sua defesa desde matizes conservadores, corporativistas, institucionalistas, socialistas, etc.*»¹⁷.

Contudo, conforme afirma Antonio Carlos Wolkmer, «*esta situação de complexidade não impossibilita admitir que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a de negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito*»¹⁸.

Um exemplo marcante no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne à questão do pluralismo jurídico e a negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva da produção do Direito, podemos verificar na análise e interpretação do artigo 121 do Código Penal brasileiro (crime de homicídio) que assim estabelece: «*Matar alguém: Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.* Diante desta fonte normativa de direito penal, qualquer cidadão brasileiro que matar alguém no território nacional estará sujeito à pena prevista no artigo 121 do Código Penal.

Contudo, no Brasil, existem Tribos Indígenas que vivem isoladas no interior da floresta amazônica, e que apresentam um código ético, e porque não dizer jurídico, de conduta (ou seja, um conjunto normativo próprio com exclusividade de fonte de direito). Diante deste código ético de conduta diferenciada, muitas mães indígenas praticam homicídio ou infanticídio contra as crianças que nascem com algum defeito físico, ou proveniente de relações extra-conjugais sob a alegação étnica, cultural e religiosa de que essas crianças teriam sido incorporadas por maus espíritos, e que a desgraça do nascimento poderia atingir a própria mãe ou a comunidade indígena como um todo. Diante desta *crença cultural*, as mães enterram vivos os seus filhos para apaziguar os deuses¹⁹.

¹⁷ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, p. XI.

¹⁸ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, p. XI.

¹⁹ http://www.hakani.org/pt/infanticidio_entrepovos.asp, 21/02/2010: «*Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil* Enquanto faltam dados confiáveis, muitas das mortes por infanticídio são mascaradas nos dados estatísticos como morte por desnutrição ou causas inespecíficas. Um dos primeiros desafios na erradicação do infanticídio é o levantamento de dados confiáveis. A tendência do governo é tentar minimizar o problema. Para o coordenador de assuntos externos da FUNAI, Michel Blanco Maia e Souza, os casos de infanticídio não merecem maior

Sacrifícios humanos não são um comportamento exclusivo dos indígenas brasileiros. Também os Astecas, no México, ofereciam aos seus Deuses o coração de seus inimigos como forma de apaziguá-los. Talvez o sacrifício de aproximadamente 15.000.000 de índios, entre Astecas (México), Maias (Guatemala, Honduras e Sul do México) e Incas (Peru, Bolívia, Chile e Equador) não decorreu apenas pela cobiça do ouro e da prata, mas também pela diversidade cultural. Como nos ensina Hannah Arendt, no Século 17, quando os bôeres (na maioria, branco holandês) colonizaram a África do Sul, a segregação racial não se dava tanto pela cor da pele, mas pelo fato de que os afrodescendentes se comportavam como se fizessem parte da natureza, o que para os europeus significou a inexistência de um âmbito humano separado do mundo natural. Segundo os colonizadores, essa ligação íntima dos nativos, com a natureza, transformava-os em seres estranhos à espécie humana. Tendo em vista que pertenciam à natureza, passaram a ser um «objeto» a ser explorado, o que justificava serem

atenção do governo. «Não temos esses números, mas acredito que sejam casos isolados.» Com base no Censo Demográfico de 2000, pesquisadores do IBGE constataram que para cada mil crianças indígenas nascidas vivas, 51,4 morreram antes de completar um ano de vida, enquanto no mesmo período, a população não-indígena apresentou taxa de mortalidade de 22,9 crianças por cada mil. A taxa de mortalidade infantil entre índios e não-índios registrou diferença de 124%. O Ministério da Saúde informou, também em 2000, que a mortalidade infantil indígena chegou a 74,6 mortes nos primeiros 12 meses de vida. Curiosamente, nas notícias do IBGE e do Ministério da Saúde não há qualquer explicação da causa mortis. Muitas das mortes por infanticídio vêm mascaradas nos dados oficiais como morte por desnutrição ou por outras causas misteriosas (causas mal definidas —12,5%, causas externas— 2,3%, outras causas - 2,3%). Segundo a pesquisa de Rachel Alcântara, da UNB, só no Parque Xingu são assassinadas cerca de 30 crianças todos os anos. E de acordo com o levantamento feito pelo médico sanitário Marcos Pellegrini, que até 2006 coordenava as ações do DSEI-Yanomami, em Roraima, 98 crianças indígenas foram assassinadas pelas mães em 2004. Em 2003 foram 68, fazendo dessa prática cultural a principal causa de mortalidade entre os yanomami. A prática do infanticídio tem sido registrada em diversas etnias, entre elas estão os uaiuai, bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, uru-eu-uau-uau, suruwaha, deni, jarawara, jaminawa, waurá, kuikuro, kamayurá, parintintin, yanomami, paracanã e kajabi. «*Não existem dados precisos... O pouco que se sabe sobre esse assunto provém de fontes como missões religiosas, estudos antropológicos ou algum coordenador de posto de Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) que repassa as informações para a imprensa, antes que elas sejam enviadas ao Ministério da Saúde e lá se transformem em “mortes por causas mal definidas” ou “externas”. Marcelo Santos, em “Bebês Indígenas Marcados para Morrer” (Revista Problemas Brasileiros, SESC-SP, maio-junho/2007)*».

configurados como escravos (mão de obra de produção mecânica) ou mesmo dizimados²⁰.

Na visão de Karl-Otto Apel: *«Aproximadamente en el año 1500, las poblaciones indígenas de América, del África negra y de grandes partes de Asia fueron arrancadas (en general de manera violenta) de sus condiciones naturales y socioculturales de vida, siendo también en parte fuertemente diezmadas o exterminadas de plano; fueron asimismo despojadas en parte de sus avanzadas culturas, así como de su orden social; fueron esclavizadas y, en cualquier caso, condenadas a convertirse en su ‘grupo marginal’ extremadamente pobre de la humanidad, un grupo, además, dependiente económica y culturalmente del Norte»*²¹.

Ginés de Sepúlveda, o filósofo moderno propriamente dito, *justificó la superioridad y violencia de la subjetividad moderna sobre las otras culturas*. Bartolomé de Las Casas, por sua vez, *inicia el «contradiscurso» de la Modernidad, pero no desde Europa, sino desde la periferia mundial*²².

Evidentemente que para nós, ocidentais, de certa forma «rationais», *«direito à diversidade cultural nunca poderia ser evocado como justificativa para se tolerar práticas como a escravidão, tortura, genocídio ou infanticídio»*.

Contudo, não estamos diante de um cidadão ocidental brasileiro, culturalmente esclarecido, e socialmente incorporado ao mundo civilizado, mas, sim, de mães indígenas, isoladas em sua cultura e etnia de toda e qualquer influência da civilização ocidental, sem qualquer contato com essa civilização, bem como sem a mínima possibilidade de pensar e criticar, de forma racional, o mundo cultural, étnico e social em que se encontra envolvida, muitos menos refletir sobre o significado da pessoa humana valor tão significativo para as culturas ditas civilizadas ocidentais.

²⁰ ARENDT, H., *Origens do totalitarismo*, Companhia das Letras, São Paulo, 1998, p. 223.

²¹ APEL, K. O., «La “ética del discurso” ante el desafío de la “filosofía de la liberación” – un intento de respuestas a Enrique Dussel», *Ética del Discursos y Ética de la Liberación*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 196-197.

²² DUSSEL, E., «Respuesta inicial a Karl-Otto Apel y Paul Ricoeur (sobre el ‘sistema mundo’ y la ‘económica’ desde la ‘razón ética’ como origen del proceso de liberación)», *Ética del Discurso y Ética da La Liberación*, cit., nota 21, p. 223.

Como então diante dessa diversidade *interculturalista* poderíamos tratar de forma eminentemente *positivista* ou *jusnaturalista* a questão da validade da norma jurídica ou da legitimidade da fonte de direito para o efeito de sancionar penalmente a conduta dessas mães indígenas?

Diante desta específica situação, representada por uma mulher indígena, sem qualquer vínculo com a cultura ocidental brasileira ou mesmo conhecimento crítico dessa diversidade cultural, devemos ter em mente a efetiva existência de um *pluralismo jurídico* no momento de analisar a questão da legitimidade da *fonte de direito* e resolver juridicamente a morte das crianças indígenas segundo critérios que possam por em dúvida o denominado *monismo jurídico*.

Na realidade, «*trata-se de uma perspectiva descentralizadora e antidogmática que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-político-sociológico-cultural sobre critérios tecno-formais positivista*»²³.

A multiplicidade de conflitos étnico/culturais entre normas de condutas e fontes normativas de direito pressupõe um rompimento necessário com perspectiva meramente formal do monismo de legitimidade jurídica como projeto da modernidade, pois a *concretude da vida humana*, sua diversidade social, cultural e étnica passa a ser o fundamento legitimador mais importante para a aplicação ou não de determina fonte de direito.

A *ética da concretude* corresponde ao critério de interligação entre o multiculturalismo e a legitimação da fonte do direito.

Através da inserção de uma ética de concretude da vida, justifica-se o reconhecimento da «*exterioridade do outro*» como razão de ser da análise da validade e aplicação de determinada fonte normativa do direito.

Fala-se em reconhecimento da «*exterioridade do outro*» e não simplesmente de *tolerância em relação ao outro*, pois tolerar não significa reconhecer a independência e autonomia cultural, étnica e racial.

²³ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, p. XI.

Parte-se de um pressuposto ético de que «[...]o fundamento do direito consiste numa especificação da racionalidade enquanto exterioridade»²⁴.

A ética, como ciência normativa da conduta humana, é, portanto, o pressuposto fundante da legitimidade da fonte do direito quando diante de determinados conflitos de normatividade, uma vez que essa ciência comportamental não se satisfaz com a mera descrição da conduta do ser humano. Usualmente aspira-se que o comportamento humano siga determinadas diretrizes consideradas necessárias ao seu aperfeiçoamento.

É na ética como ciência normativa que se irá estabelecer uma nova leitura sobre a aplicabilidade de determinado sistema normativo, para justificar um comportamento que leve em consideração as *diferenças sociais, econômicas, culturais* daqueles que participam da relação jurídica processual civil ou penal.

Buscam-se para isso subsídios categóricos na filosofia da libertação, para quem: «(...) *o ser é o Outro, o simplesmente Outro, o absolutamente Outro em contraposição com o eu egoístico da subjetividade moderna ocidental...*»²⁵.

Não se trata, portanto, de uma ética regional, helenocristã, egoísta e subjetivista, mas de uma ética de caráter universal, mais radical, que ultrapassa as denominadas éticas materiais regionais, que se baseiam exclusivamente numa totalidade dominadora sem reconhecer a exterioridade daqueles que estão à margem desse sistema totalizador.

E essa ética de caráter universal somente pode decorrer, conforme afirma o filósofo argentino radicado no México, Enrique Dussel, da constatação antropológica de que o ser humano é o único ser vivente responsável pela sua própria vida e da «(...) *obligación universal de producir, reproducir y desarrollar la vida humana concreta de cada sujeto ético en comunidad*»²⁶. Este princípio caracteriza-se por ser um

²⁴ LUDWIG, C. L., *Formas da razão – racionalidade jurídica e fundamentação do direito*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, p. 208.

²⁵ ZIMMERMANN, R., *América latina o não ser*. Petrópolis, 2.^a ed., 1987, p. 44.

²⁶ COROMINAS, J., *Ética primera – Aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, p. 74.

princípio *a priori* universal e também fundamental, ainda que não suficiente, para a construção de uma ética da libertação, isto é, «(...) de uma ética que intenta justificar filosoficamente las luchas de los oprimidos»²⁷.

É na produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana que Enrique Dussel estabelecerá o fundamento material de sua ética filosófica da vida. A vida humana, portanto, é o conteúdo específico da ética²⁸.

Trata-se de um critério que tem por objeto *produzir, reproduzir e desenvolver* a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade. Para Enrique Dussel, este critério serve de fundamentação a um princípio que, por sua vez, terá pretensão de universalidade, realizando-se através das culturas e dos valores a serem perseguidos²⁹.

Em razão desse princípio ético material, «(...) *toda norma, ação, microestrutura, instituição ou eticidade cultural têm sempre e necessariamente como conteúdo último algum momento da produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em concreto*»³⁰.

A Ética da concreção é a ética moderna, isto é: «*A ética do nosso tempo é uma Ética existencial, que põe acima de tudo a pessoa humana, não como abstração, à maneira de Boécio, mas como uma concreção vital, como valor fonte dos demais valores*»³¹.

²⁷ COROMINAS, J., *Ética primera – Aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo*, cit., nota 26.

²⁸ «(...) O ser humano acede à realidade que enfrenta dia a dia a partir do âmbito de sua própria vida. A vida humana não é um fim nem um mero horizonte mundano-ontológico. A vida humana é o *modo de realidade do sujeito ético* (que não é o de uma pedra, de um animal irracional ou da ‘alma’ angélica de Descartes), que dá o conteúdo a todas as suas ações, que determina a ordem racional e também o nível das necessidades, pulsões e desejos, que constitui o marco dentro do qual se fixam fins. Os ‘fins’ (relativamente à razão instrumental formal weberiana) são ‘colocados’ a partir das exigências da vida humana». (DUSSEL, E. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth., Vozes, 2.^a ed., Petrópolis, 2002, p. 131).

²⁹ DUSSEL, E., *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, cit., nota 28, p. 93.

³⁰ DUSSEL, E., *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, cit., nota 28, p. 93.

³¹ REALE, M. A., *ética do juiz na cultura contemporânea*. In: NALINI, J. R. (coord.). *Uma nova ética para o juiz*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 146.

É com base no critério material (vida humana concreta) que se devem subsumir os outros aspectos materiais (como os valores, a lógica das pulsões etc). Esse critério material igualmente permite fundamentar ou desenvolver um princípio ético universal, supracultural³².

Esse critério de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana não é algo a ser imputado à consciência humana, a um certo «consciencialismo» moderno que faz perder o sentido da corporalidade orgânica da existência ética³³.

Se a espécie humana está formatada neurocerebralmente para a preservação e desenvolvimento da vida humana, tal critério não é diferente nas relações sociais, como é o caso do direito e do processo, razão pela qual a atuação do juiz deverá ser guiada por esse «critério de verdade» prática³⁴.

Esse critério material sobre o qual se funda a ética, produção reprodução e desenvolvimento da vida humana, é universal, não solipsista, mas comunitário. Diz respeito a uma comunidade de vida.

Se a humanidade perdesse essa consciência do *Outro*, diante de sua miséria, de sua impotência social, econômica e cultural, poderia precipitar-se num suicídio coletivo³⁵.

³² «De fato, não há ‘um horizonte último comum’ *cultural*, mas há um princípio material universal interno a cada uma e a todas as culturas, e isto Taylor não vê. Não é um ‘horizonte’; é um modo de realidade: a própria vida humana». (DUSSEL, E., *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, cit., nota 28, p. 122).

³³ DUSSEL, E., *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, cit., nota 28, p. 95.

³⁴ «Do ponto de vista cerebral, o sistema avaliativo/afetivo cerebral responde da seguinte forma: em primeiro lugar responde às necessidades objetivas primeiras; em segundo lugar, articula-se com o nível lingüístico-cultural e histórico; em terceiro lugar responde às exigências superiores e culturais universais de uma ética crítica. (DUSSEL, E., *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*, cit., nota 28, p. 104).

³⁵ «O projeto da Libertação dos *oprimidos e dos excluídos* é aberto, partindo da exclusão do *Outro* e indo mais além (*jenseits*) de qualquer situação apresentada. A estruturação de alternativas —mesmo que fosse necessária (o que não podemos descartar *a priori*) a de uma utopia ou a de uma nova sociedade— não consiste na ‘aplicação’ de algum modelo ou situação ideal ou transcendental, nem tampouco na execução autêntica de um determinado ‘mundo da vida’ (quer seja ele o moderno ou outro diferente), muito menos se for idealizado como efeito indestrutível de uma lógica necessária (a da teologia ou razão histórica de Hegel ou a do marxismo *stan-*

O reconhecimento do Outro, como forma de produção, reprodução de desenvolvimento da vida humana, transforma-se de um critério de verdade prática numa exigência ética: no dever-reconhecer³⁶.

O Poder Judiciário, como instrumento dessa Ética existencial, pois é uma instituição que também atua mediante princípios éticos, deve pautar sua ação prática racional no momento de realizar sua atividade básica e essencial, segundo o princípio material universal de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana. Para tanto, deve (princípio ético) reconhecer as desigualdades sociais, econômicas e culturais que possam existir no âmbito da relação jurídica processual. Em outras palavras, deve reconhecer o «Outro» vítima potencial de um sistema totalizado.

Por tudo isso: «(...) propomos a seguinte descrição inicial do que chamaremos princípio material universal da ética, princípio da corporalidade como “sensibilidade” que contém a ordem pulsional, cultural-valorativa (hermenêutica-simbólica) de toda norma, ato, microfísica estrutural, instituição ou sistema de eticidade, a partir do critério da vida humana em geral: Aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma “vida boa” cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também, com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, em além disso, com pretensão de universalidade»³⁷.

dart ou de Stalin); mas deverá ser uma ‘des-coberta’ responsável, como resposta à ‘interpelação’ do Outro, dentro de um lento processo de prudência (em que a teoria de uma ‘comunidade de comunicação real’ —que racional e processualmente chega a um consenso de validade intersubjetiva— nos ajuda a compreender melhor o progredir seletivo da *fronésis* de libertação), durante o qual o filósofo (tal como ‘intelectual orgânico’ de Gramsci deve tratar com seriedade as motivações ética (com Taylor) da libertação dos oprimidos e excluídos». (DUSSEL, E., *Filosofia da libertação - crítica à ideologia da exclusão*, Paulus, 2.^a ed., São Paulo, 1995, pp. 119-120).

³⁶ DUSSEL, E., *Filosofia da libertação - crítica à ideologia da exclusão*, cit., nota 35, p. 141.

³⁷ DUSSEL, E., *Filosofia da libertação - crítica à ideologia da exclusão*, cit., nota 35, p. 143.

Mas diante das desigualdades sociais, econômicas e culturais, somente se pode postular um critério/princípio da produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana no âmbito do conflito de fontes normativas, sob um aspecto material positivo, desde que se perceba o surgimento do «rosto» que se destaca na ordem social vigente, e que representa as vítimas não intencionais ou mesmo intencionais de um determinado sistema totalizado e porque não dizer globalizado. Isto é, «(...) o rosto sensível do outro homem, que tem fome e sangue, encontra-se para além do sistema onde o ser é o pensar (...). O 'tu', outro homem, é exterior ao âmbito ser-pensar (...)»³⁸.

Enrique Dussel, voltado para a efetiva existência do outro além de um determinado sistema, reporta-se, a partir desta vítima, à verdade do sistema totalizador que começa a ser descoberta como não verdade, ao válido como não válido, e ao factível como não eficaz.

A construção temática passa do âmbito da positividade para a negatividade da existência de vítima.

A ética propriamente dita é a que a partir das vítimas pode julgar criticamente a «totalidade» de um sistema de eticidade.

É a partir da exterioridade de uma dada totalidade, em que se situam as vítimas, que se estabelece uma consciência crítica do sistema de eticidade dado. As vítimas «(...) são reconhecidas como sujeitos éticos, como seres humanos que não podem reproduzir ou desenvolver sua vida, que foram excluídos da participação na discussão (...)»³⁹.

No sistema de eticidade «o bem» inverte-se no «mal» e causa dor, sofrimento, infelicidade ou a própria morte das vítimas.

³⁸ DUSSEL, E., *Método para uma filosofia da libertação - Superação analética da dialética hegeliana*, Loyola, São Paulo, 1986. p. 148.

³⁹ « (...) o sistema de eticidade vigente, que era para a consciência *ingênua* (que pode ser científica, ocupar a função de autoridade política ou econômica, ou ainda ser membro da elite moral do sistema, a «raça sacerdotal» de Nietzsche) a medida do «bem» e do «mal», converte-se diante da presença de suas vítimas, enquanto sistema, no *perverso* (o «mau»). É toda a questão do «fetichismo» de Marx, a «inversão dos valores» de Nietzsche, a descoberta do «superego» repressor em Freud, a sociedade «excludente» de Foucault, a «dialética negativa» em Adorno e «totalidade» de Lévinas». (DUSSEL, E., *Método para uma filosofia da libertação - Superação analética da dialética hegeliana*, cit., nota 38, p. 303).

É na Alteridade do Outro «como outro» que o sistema ético crítico se impõe. É a alteridade da vítima como oprimida (classe) ou como excluída (culturalmente). É o descobrimento do «outro» que se encontra encoberto pelo mito da Modernidade. Trata-se de uma ética que demonstra o terror de uma razão fechada na Totalidade, entre outras, a razão da Modernidade.

O «Outro» interpela-nos como vítima, como pobre, como oprimido, como culturalmente diferenciado, como índio, não como o «Senhor». A vontade é livre para assumir essa responsabilidade no sentido que queira, mas não é livre para recusar esta responsabilidade em si mesma.

Por isso, somente com o reconhecimento da *exterioridade do Outro*, no caso da mulher indígena que se encontra incorporada e moldada pelo seu sistema ético social e cultural, muito embora também reconhecida como cidadã brasileira, é que se pode romper com a totalidade de um sistema fechado e restritivo de fontes do direito.

Essa mulher indígena, *exterior ao sistema de cultura dominante*, não consegue participar do sistema totalizador vigente, justamente porque pertence à *exterioridade do Outro* e não compreende o sentido do discurso jurídico do sistema fechado na sua racionalidade.

Não se deve esquecer que uma das condições indispensáveis para a validade de toda comunicação social é a *inteligibilidad*. E em razão dessa falta de *inteligibilidad*, ou *patologias de la comunicación*, como diz Habermas, a mulher indígena encontra-se fora da *normatividad* e do «mundo da vida» dos demais brasileiros «civilizados», ou seja, estamos diante da exclusão do «Outro» da respectiva comunidade de comunicação. Daí a dificuldade das quatro pretensão de validade exigida para a comunicação de toda e qualquer *fonte normativa de direito*: a) a de se estar expressando de forma inteligível; b) a de estar possibilitando a compreensão de algo; c) a de estar compreendendo-se a si mesmo; e) a de estar entendendo-se com os outros.

Portanto, a legitimidade das fontes do direito nas sociedades contemporâneas está no efetivo *reconhecimento da exterioridade do Outro*, e no reconhecimento de que a *concretude do ser humano* (como ser cultural, histórico e social) deve ser considerada no momento de se reconhecer o critério de aplicação ou não de uma determinada fonte de direito na resolução dos conflitos sociais. Como diz Enrique Dussel: «*El miembro de otra cultura, el Otro cultural, 'interpela' por los*

derechos culturales populares propios (africanos, asiáticos, indígenas latinoamericanos, negros norteamericanos etc.). Es lucha a vida o muerte»⁴⁰.

Concluindo, o que se pretende dizer é que se deve romper com o denominado monismo jurídico para proclamar aquilo que conhecemos como sendo o *pluralismo jurídico*, como a *multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais*⁴¹.

⁴⁰ DUSSEL E.; APEL, K. O., *Ética del discurso y ética de la liberación*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 162.

⁴¹ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., nota 8, p. XII.

EL PAPEL DE LOS NUEVOS MOVIMIENTOS SOCIALES EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA GLOBALIZACIÓN

JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ¹

SUMARIO:—Resumen.—Palabras Clave.—1. Fuentes materiales del Derecho Internacional y Globalización.— 2. Los movimientos germen de una sociedad civil global.— 3. Retos que los movimientos sociales plantean a la ciencia jurídica, en especial a la Teoría de las Fuentes del Derecho:— 3.1. ¿Pluralismo o monismo jurídico?; 3.2. Identificación Derecho-Estado; 3.3. ¿Concepción amplia o estricta del Derecho?.—4. Tendencias, ejemplos y conclusiones.—Bibliografía.

RESUMEN

El presente trabajo constituye una reflexión a propósito del papel que puede jugar la sociedad civil en la regulación jurídica de los procesos de globalización. Particularmente se atiende a las influencias que pueden ejercer los nuevos movimientos sociales, como nuevos actores del panorama global, en el Derecho Internacional. Tomando como referencia el análisis que de estos fenómenos ha realizado Boaventura de Sousa Santos, se esbozan cuáles pueden ser los principales retos para la ciencia jurídica en este campo y se exponen ejemplos de algunos cambios que ya están teniendo lugar en el ámbito internacional.

PALABRAS CLAVE

Sociedad civil, movimientos sociales, globalización, Derecho Internacional, fuentes del Derecho.

¹ Becario FPU, Institut de Drets Humans de la Universitat de València.

1. FUENTES MATERIALES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y GLOBALIZACIÓN

Para enumerar las fuentes formales del Derecho Internacional Público se suele acudir al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece que las normas a aplicar por la Corte son, básicamente, los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho, los cuales podrán ser complementados con la doctrina y con la jurisprudencia de otros tribunales como medios auxiliares. Desde la Paz de Westfalia, los Estados eran prácticamente los únicos actores del Derecho Internacional. Por eso no podía considerarse que la fuente en sentido material del Derecho Internacional fuera otra que la voluntad de los Estados, expresada no sólo en forma de tratados internacionales, sino también a través de las prácticas judiciales y la costumbre de los órganos que aplicaban el Derecho, es decir, órganos estatales o predispuestos por los Estados. Éstos eran los actores principalísimos del escenario internacional, lo cual explicaba sin mayores complicaciones que su voluntad soberana fuera la fuente material por excelencia de las normas internacionales.

La situación cambió notablemente después de la II Guerra Mundial, con el establecimiento del sistema de Naciones Unidas y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Irrumpirían a partir de ese momento dos actores a tener en cuenta en el plano internacional: las instituciones internacionales (que si bien existían antes, no habían cobrado la importancia que en esta nueva época tendrían) y las personas. Aunque fundamentado en el principio del respeto a la soberanía estatal, el sistema institucional de Naciones Unidas comenzó a desarrollarse rápidamente, arrastrando con él el surgimiento progresivo de instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos. La adopción de estos instrumentos significaría un avance decisivo en la teoría del Derecho Internacional: la consideración de las personas como sujetos directos del Derecho Internacional. Desde ese momento las personas podrían denunciar a sus Estados ante organismos internacionales, e incluso ser juzgados por tribunales internacionales. Una nueva etapa se había iniciado en el ámbito internacional.

Dado que la nueva posición del individuo en la arena de las instituciones internacionales mermaba directamente una potestad tradicional atribuida a la soberanía estatal como es el control sobre la población, la consolidación de esta nueva etapa fue más lenta de lo que hubiera sido deseable. Por otro lado, el progreso exponencial de

la ciencia y la tecnología, junto con las reformas jurídicas de desregulación practicadas por algunos Estados a partir de los años ochenta, posibilitó la irrupción de un nuevo actor en el ámbito supraestatal. Se trata de las empresas transnacionales, que, por encima de la soberanía, y por lo tanto de la jurisdicción de los Estados-nación, comenzaron a erosionar la capacidad regulativa de éstos con mucha más eficacia de lo que había sido capaz el desarrollo de las normas internacionales de derechos humanos.

Cuando Norberto Bobbio analizó el ámbito internacional en la época de la Guerra Fría, concluyó que en él convivían dos sistemas normativos: uno legítimo, pero poco efectivo y otro nada legítimo, pero tristemente efectivo². El primero, que obviamente es el sistema de Naciones Unidas, no ha variado demasiado desde aquellos años hasta la actualidad: sigue teniendo una alta legitimidad, aunque en cuanto a su efectividad ha progresado bien poco. En cambio, el segundo sistema normativo sí que ha experimentado un cambio sustancial: ya no son únicamente los Estados —con la relación de fuerzas que establecen entre sí— los artífices de ese ordenamiento primitivo, poco legítimo pero altamente efectivo que convive con el sistema de Naciones Unidas. Aunque los Estados han mantenido su potencial militar y sus fronteras, claramente ha surgido toda una constelación de agentes supranacionales de naturaleza privada que tiene una capacidad incuestionable para influir decisivamente en múltiples aspectos de la política legislativa de los Estados³. No es ocioso señalar el dato de que entre las cien mayores potencias económicas del mundo haya actualmente más empresas que Estados⁴.

En ese contexto, y teniendo en cuenta que el Derecho puede considerarse siempre como el resultado de un equilibrio de fuerzas,

² BOBBIO, N., «¿Hay futuro para la paz?», en BOBBIO, N., *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997, pp. 253-262.

³ Se podría distinguir, con Ferrajoli, una evolución paralela, aunque en sentidos contrarios de la vertiente interna y de la vertiente externa de la soberanía. Mientras que la vertiente externa ha tendido a fortalecerse, incrementándose el presupuesto militar de los Estados y reafirmandose sus fronteras frente a las nuevas oleadas migratorias; la soberanía interna, entendiéndose por tal la capacidad del Estado para regular la vida de las personas que viven en él, ha ido disolviéndose como consecuencia de los procesos de globalización. *Vid.* FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 125 ss.

⁴ Según un informe publicado por el Instituto de Estudios Políticos de Washington (www.ips-dc.org).

quienes mejor han podido decantar la balanza del Derecho hacia su lado en los últimos treinta años han sido sin duda el conjunto de agentes económicos y financieros que han tenido la oportunidad de globalizarse realmente gracias a la aplicación del conjunto de principios que cristalizarían en el conocido Consenso de Washington de 1990. Para conocer la desigualdad extrema que ha producido la aplicación de estas políticas económicas a nivel mundial sobre la distribución de la riqueza y los recursos basta consultar cualquiera de los informes que anualmente publica el PNUD. En buena parte como consecuencia del malestar provocado por los excesos de esa clase empresarial y financiera transnacional, comenzaron a surgir una serie de voces discrepantes procedentes de la sociedad civil que llegarían a convertirse en un nuevo actor de las relaciones internacionales, y, por lo tanto, en una potencial fuente del Derecho Internacional.

2. LOS MOVIMIENTOS SOCIALES COMO GERMEN DE UNA SOCIEDAD CIVIL GLOBAL

Ante el panorama de la pérdida de capacidad regulativa por parte de los Estados-nación, pero también ante la escasa o nula capacidad coactiva que ha demostrado el Derecho Internacional; ante la promesa de la globalización como punto culminante de la modernidad, como un sistema que se presentaba como creador de oportunidades y bienestar, pero que en realidad se ha convertido en uniformizador y desigualador, han surgido una serie de movimientos que proponen nuevos paradigmas sociales, políticos y económicos cuya potencial influencia no debe ignorarse por parte de la ciencia jurídica. Para contextualizar teóricamente el surgimiento de ese nuevo actor de las relaciones internacionales, me valdré de algunas referencias a la obra del sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos, quien sostiene que nos encontramos ante una época de *transición paradigmática*. Santos argumenta que el paradigma de la modernidad (que se caracteriza por la tensión existente entre regulación y emancipación) está agotado porque no ha cumplido sus promesas (igualdad, libertad, paz y dominio de la naturaleza⁵), ni está en condiciones de hacerlo. Por este motivo, sostiene que urge un cambio de para-

⁵ SANTOS, B. S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta / ILSA, Madrid, 2009, pp. 37-38.

digma; no bastándole con el paradigma de la *posmodernidad*, el cual concibe únicamente como un paradigma de transición hacia una nueva concepción social que hipotéticamente nacerá de las presiones que serán capaces de realizar los movimientos sociales con suficiente visibilidad e influencia a escala global. Para alcanzar el nuevo paradigma, esos nuevos actores deberán reinventar la relación entre regulación y emancipación; reapropiándose de los instrumentos que han determinado que desde mediados del s. XIX prevalezca el pilar de la regulación sobre el de la emancipación. Los dos instrumentos a los que Santos se refiere son la Ciencia y el Derecho. De ellos deben servirse los excluidos para construir su propia emancipación. Habiendo tratado el uso de la ciencia principalmente en *Crítica de la razón indolente*⁶, recientemente ha desarrollado el potencial emancipador del Derecho en su obra *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del Derecho*, (Trotta/iLSA, 2009). En ella aporta un marco conceptual que puede servir para explicar de qué manera las propuestas de esos nuevos movimientos de la sociedad civil serían susceptibles de influir en la regulación jurídica de la actual globalización. La pregunta básica que Santos se plantea es *¿puede el Derecho ser emancipador?* Tal pregunta es contestada afirmativamente en base a la consideración del conjunto de prácticas llevadas a cabo por las clases y grupos excluidos, que desembocan en lo que denomina *cosmopolitismo subalterno e insurgente*. Para el autor portugués, los grupos que forman ese nuevo cosmopolitismo construyen el Derecho y la globalización *desde abajo* y pueden ser considerados, por lo tanto, como una globalización *contrahegemónica*, contrapuesta al modelo de globalización *hegemónica*, esto es, a la globalización neoliberal.

El *cosmopolitismo subalterno e insurgente* del que habla Santos se corresponde con toda una gama de diversos movimientos sociales, que han reaccionado frente al alejamiento de los centros de toma de decisión reales del control de la ciudadanía, organizándose mediante la creación de redes globales, principalmente a través de internet. Este movimiento —que en realidad es una suma de movimientos de distinto signo— ha identificado de dónde proceden los principales problemas de justicia que supone la globalización y ha diseñado una estrategia —que es en realidad una suma de estrategias— para solventarlos.

⁶ SANTOS, B. S., *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

Identificados normalmente como movimientos antiglobalización⁷ o, más correctamente, como movimientos altermundista, estos grupos se articulan en torno a la idea básica de que *otro mundo es posible*. En base a esa premisa no se limitan a rechazar la globalización hegemónica, sino que generan una serie de propuestas tan variadas como los distintos movimientos que los componen: pacifistas, ecologistas, feministas, laboristas, campesinas, indígenas, etc. La definición de este conjunto de movimientos sociales de nuevo tipo es compleja, debido principalmente a su heterogeneidad, pero sí que presentan algunos rasgos comunes, como la organización en forma de redes, con mecanismos de decisión horizontales; la carencia de líderes formales, que es suplida por la existencia de portavoces; el fomento de la democracia participativa; la conexión entre lo local y lo global; el rechazo al modelo económico capitalista; y la tendencia —si bien no siempre explícita— hacia una ciudadanía cosmopolita. En los variados discursos del movimiento altermundista se aprecia un discurso de responsabilidad que le hace valedor de ser considerado como el precedente de una sociedad civil global⁸. Estos movimientos sociales, por supuesto, no son los únicos que compondrían esa sociedad civil global. También formarían parte de ella las ONG's de ámbito internacional, así como otras entidades de tipo cultural, religioso e incluso deportivas⁹. Pese a ello, he elegido centrar este breve análisis en los movimientos sociales que se inscriben en el llamado movimiento altermundista precisamente porque son los que plantean retos más intensos a la ciencia jurídica.

Toda esa amalgama de movimientos sociales complementarios formulan sus propuestas 1) en términos jurídicos y 2) con unas aspiraciones cosmopolitas. Una prueba de ello es que las instancias internacionales han sido tomadas constantemente como un referente por el movimiento, tanto para las críticas de sus actuaciones (principalmente dirigidas contra el BM, el FMI, la OMC o la OCDE). como para defender su fortalecimiento (fundamentalmente respecto a los distintos organismos de Naciones Unidas, destacadamente la FAO, la OIT o la OMS). La mayoría de las reivindicaciones emancipatorias que Santos ha identificado se formulan en clave normativa, esto es,

⁷ IBARRA, P., *Manual de sociedad civil y movimientos sociales*, Síntesis, Madrid, 2005, pp. 278-290.

⁸ Vid. VIDAL-BENEYTO, J. (dir.), *Hacia una sociedad civil global*, Taurus, Madrid, 2003.

⁹ Vid. TRUYOL Y SERRA, A., *La sociedad internacional*, Alianza, Madrid, 2008.

con pretensiones regulativas. Sin embargo, se da la circunstancia de que el *cosmopolitismo subalterno e insurgente*, para llevar a cabo su proyecto emancipatorio, en ocasiones se ve obligado actuar al margen e incluso contra la ley, dado que el Derecho, según el análisis de Santos, está principalmente al servicio de la regulación. Tal hecho lleva a considerar la conveniencia de pensar si los actuales esquemas jurídicos dan la oportunidad de desarrollar un modelo emancipador, o si por el contrario, como propugna Santos, es necesario reformular el paradigma jurídico de la modernidad para que esas propuestas provenientes de la sociedad civil organizada puedan llegar a trascender al mundo del Derecho. Quizá no lleguemos a encontrarnos ante la *transición paradigmática* anunciada por Santos, pero sí parece que el auge de los movimientos sociales globales puede ser un buen indicativo de una época de cambio, que vaya desde un panorama internacional desregulado donde impera la ley del más fuerte hacia una sociedad internacional más democrática, que cuente con un Derecho lo suficientemente efectivo como para que todos los actores que operan en el ámbito supranacional se sometan a él.

3. RETOS QUE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES PLANTEAN A LA CIENCIA JURÍDICA, EN ESPECIAL A LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

El paradigma del Derecho positivista occidental es el modelo jurídico que más se ha extendido por el mundo; pero ello no lo convierte automáticamente en el mejor, ni siquiera en el mayoritario, ni mucho menos en el único modelo posible. El hecho de que los movimientos sociales que forman parte del embrión de la sociedad civil global formulen sus propuestas en términos jurídicos plantea diversos problemas a la ciencia del Derecho de entre los cuales aquí no pueden ser más que esbozados algunos. Para hacerlo nos valdremos de la contraposición entre las teorías de Santos, por ser defensor de un cambio radical de modelo jurídico, y de Hans Kelsen, por ser uno de los más conocidos representantes del positivismo jurídico que, según Santos, está más al servicio de la regulación que de la emancipación. El objetivo será explorar si el paradigma positivista de Derecho —si bien interpretado a la luz del actual constitucionalismo— es lo suficientemente dúctil para dar cabida a las reivindicaciones de la emergente sociedad civil; o si, por el contrario, se necesita un paradigma de Derecho totalmente renovado, como propugna Santos.

3.1. ¿Pluralismo o monismo jurídico?

Santos es defensor del pluralismo jurídico y proclama que existen diversos ordenamientos jurídicos distintos niveles que conviven e interactúan entre sí. Para que el Derecho exista, según él, basta con que un orden normativo posea unas determinadas características (*vid. infra*. 3.3). El ejemplo más claro de que no existe un sólo Derecho, sino diversos Derechos se encontraría en el problema del Derecho de los pueblos indígenas, que se suele presentar como de imposible encaje en las estructuras del Derecho estatal. Las reivindicaciones indígenas, concretamente las originadas en Chiapas, cabe recordarlo, fueron las principales precursoras de los movimientos sociales globales actuales¹⁰.

Por el contrario, Kelsen es defensor de la *unidad gnoseológica*¹¹ del Derecho; o, en otras palabras, del monismo jurídico —concretamente de un monismo jurídico internacionalista, que hace primar las normas del Derecho Internacional sobre las del Derecho interno—. Esta posición debe enmarcarse en la teoría kelseniana de la concepción escalonada del ordenamiento jurídico. Un ordenamiento jurídico, para Kelsen, consiste en un conjunto de normas que pueden referir su validez última a una misma norma fundante. Por lo tanto, y dada la pretensión a la unidad que según Kelsen es común a todas las ciencias¹², para él sólo puede haber un único Derecho.

Ambas posturas seguramente no sean tan irreconciliables como pudiera parecer en un primer momento. Sería posible un encaje entre el reconocimiento de los Derechos particulares de los pueblos indígenas dentro del paradigma positivista, en el caso de que se pudiera hacer que el Derecho indígena encontrara su fundamento de validez en una norma de rango superior, bien sea ésta la ley, la constitución o incluso el principio de efectividad¹³. Se habría apuntado así una

¹⁰ RAMONET, I., *Marcos, la dignidad rebelde. Conversaciones con Ignacio Ramonet*, Cybermonde, Valencia, 2001.

¹¹ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* (1.ª ed.), Losada, Buenos Aires, 1941 (original, *Reine Rechtslehre*, de 1934), p. 198.

¹² Una de las críticas más claras que Santos realiza a la teoría formalista de Kelsen es su pretensión de científicidad. *Vid.* SANTOS, B. S., *Sociología jurídica...* *cit.*, p. 34.

¹³ El principio de efectividad, que es un principio del Derecho Internacional consuetudinario, es considerado por Kelsen como una norma relativamente fundamental de los ordenamientos jurídicos estatales.

posible resolución a la tensión aparentemente irreconciliable entre monismo y pluralismo jurídico.

3.2. Identificación Derecho-Estado

Santos considera que la teoría política liberal, y con ella el positivismo jurídico, reducen el Derecho al Estado y, como consecuencia, no conciben más Derecho que el Derecho estatal, lo cual significa ignorar toda una variedad de ordenamientos perfectamente válidos, al menos desde el punto de vista sociológico. Para Santos, la reducción del Derecho al Derecho estatal constituye una decisión puramente política¹⁴ y que genera exclusión. Kelsen, pese a su formalismo, estaría parcialmente de acuerdo, en la medida en que el Estado no significa para él más que un punto intermedio (ni siquiera el último) de imputación jurídica¹⁵. En una lectura algo detallada de la *Teoría General del Estado* de Kelsen, encontramos que el Estado necesariamente no puede ser otra cosa que Derecho, así *todo Estado es Estado de Derecho* (en sentido formal). Sin embargo, todo el Derecho no tiene por qué reconducirse al Estado y a sus distintas instancias. Es decir, *todo Estado es Estado de Derecho*¹⁶ pero *no todo Derecho es Derecho de Estado*, lo cual se hace especialmente patente si atendemos a la justificación que Kelsen proporciona del Derecho Internacional: *hay Derecho Internacional porque existe la guerra como sanción ante una violación de las normas internacionales*¹⁷.

3.3. ¿Concepción amplia o estricta del Derecho?

Las dos diferencias anteriores desembocan en la propia concepción de Derecho que encontramos en cada uno de estos autores. La concepción de Santos podría calificarse de amplia, mientras que la de Kelsen sería una concepción estricta. Santos concibe el Derecho como «un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares nor-

¹⁴ SANTOS, B. S., *Sociología jurídica... cit.*, p. 64.

¹⁵ KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, Ed. Coyocán, México D.F., 2008, p. 93.

¹⁶ *Ídem.*, p. 120.

¹⁷ KELSEN, H., *Principles of International Law*, Ed. The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008, p. 18.

mativos que se considera exigible en un grupo determinado y que contribuye a la creación, prevención y resolución de disputas a través de discursos argumentativos unidos a la amenaza de la fuerza»¹⁸. De esta definición extrae tres componentes estructurales del Derecho (retórica, burocracia y violencia) que pueden ser combinados de diversas maneras entre ellos y que pueden darse, además en seis espacios-tiempo estructurales (doméstico, producción, mercado, ciudadanía, comunidad y mundial), las fronteras entre los cuales serían flexibles, dando lugar a lo que Santos denomina *campos de hibridación* jurídica. Kelsen, por su parte, fiel a su *teoría pura*, no se preocupa tanto por definir el Derecho¹⁹ como por explicar de qué manera funciona, cómo puede alcanzar esa perfección técnica propia de las ciencias puras que permita distinguirlo taxativamente de otras ciencias sociales, en particular de la moral y de la política. En este aspecto, ni la concepción amplia que propone Santos resuelve el principal problema que preocupa a Kelsen —cuándo es válida una norma—; ni la teoría del ordenamiento kelseniano satisface las pretensiones de emancipación social de Santos.

Ya al margen de la comparativa entre estos dos autores, cabe resaltar el uso, en su mayor parte secundario, que los movimientos sociales han realizado de un instrumento esencialmente emancipador como son los derechos humanos. Santos ha interpretado esta escasa utilización relacionándola con la cuestionable universalidad de los derechos humanos y ésta, a su vez con la compleja gestión de la diferencia que requiere la infinita pluralidad interna de la emergente sociedad civil global.

Como se ha reseñado en el segundo apartado, la mayoría de los movimientos sociales que forman parte de la nueva sociedad civil global creen —aunque no siempre lo expliciten— en una ciudadanía global; y de hecho en muchas de sus acciones actúan como si ésta ya fuera una realidad. Actúan, en definitiva, adoptando una perspectiva cosmopolita. El cosmopolitismo nunca ha sido aceptado —si quiera

¹⁸ SANTOS, B. S., *Sociología jurídica...*, cit., p. 56.

¹⁹ Como ha afirmado Jabloner: «En Kelsen no encontramos en una sola frase la concisa definición de su concepto del Derecho, puesto que la Teoría Pura del Derecho comprende esta noción desde diferentes perspectivas», JABLONER, C., «El concepto jurídico de la Teoría Pura del Derecho», en VILLAR BORDA, L. (comp.), *Hans Kelsen, 1881-1973*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, pp. 17-44, p. 17.

implícitamente— por tantos millones de personas. Nunca había estado tan cerca —aunque todavía esté muy lejos— de hacerse realidad. El cosmopolitismo que se propone por parte de los nuevos movimientos sociales, sin embargo, está muy lejos de ese temido Estado mundial homogenizador de las diferencias han imaginado algunos, como Danilo Zolo²⁰. Por su propia naturaleza heterogénea y plural, el movimiento altermundista no puede exigir otro modelo de cosmopolitismo que aquel que no solamente valore de igual modo todas las diferencias, sino que incluso las potencie y haga bandera de ellas.

Solventando éstos y otros muchos retos, el Derecho Internacional debe adaptar sus estructuras, instituciones y procesos a las nuevas realidades que ha supuesto la globalización, entre ellas la existencia de una emergente sociedad civil activa y reivindicativa que exigirá al Derecho que desarrolle todo su potencial emancipatorio. El Derecho Internacional del s. XXI seguramente no tenga sentido sino como Derecho democrático, legitimado ya no en el pueblo sino en la humanidad, precisamente porque los sujetos del ámbito internacional no son ya simplemente los Estados sino también las personas. Sólo las personas, organizadas a través de una sociedad civil fuerte, podrán ser la fuente legitimadora e impulsora del futuro Derecho cosmopolita.

4. TENDENCIAS, EJEMPLOS Y CONCLUSIONES

Apenas una década después de que esos movimientos sociales adquirieran una visibilidad global a raíz de las grandes movilizaciones de Seattle en 1999, a propósito de una cumbre de la Organización Mundial del Comercio, quizá pueda discutirse que sus propuestas tengan la influencia suficiente como para ser consideradas fuente de Derecho. Pero seguramente no encontraremos voces discrepantes en cuanto a la consideración de que estos movimientos se han consolidado como actores relevantes de las relaciones internacionales. Como ha demostrado ampliamente Enara Echart²¹, se han consolidado como nuevos actores del Derecho Internacional, que han cambiado

²⁰ ZOLO, D., *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona, 2000.

²¹ ECHART MUÑOZ, E., *Movimientos sociales y relaciones internacionales. La irrupción de un nuevo actor*, Catarata, Madrid, 2008.

no solamente la forma de tomar las decisiones de los Estados y de los organismos internacionales, haciéndola mucho más transparente y abierta; sino que incluso han influido en las actuaciones de las empresas transnacionales. Si quiera por pura imagen comercial, las grandes corporaciones han desarrollado toda una gama de recursos adscritos a la llamada *responsabilidad social corporativa*, de la que tienen buena parte de culpa la información difundida y las campañas realizadas por organizaciones que forman parte de la sociedad civil global.

Se pueden encontrar, además, múltiples ejemplos de cómo la relación entre los organismos internacionales y la sociedad civil es cada vez más estrecha. Estos ejemplos sirven para evaluar las perspectivas de influencia que puede tener la sociedad civil global en la evolución del Derecho Internacional. En el ámbito de Naciones Unidas, unas 13.000 organizaciones de la sociedad civil han establecido contacto con el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales²², habiendo adquirido unas 3.000 el estatuto de consultoras en el Consejo Económico y Social. Por otro lado, también otras instituciones internacionales que han sido blanco constante de críticas por parte de la sociedad civil han mejorado considerablemente sus relaciones con ésta. La OMC por ejemplo, ha visto incrementarse las organizaciones de la sociedad civil que se acreditan en sus conferencias ministeriales desde las 108 acreditadas en Singapur en 1996 hasta las más de 500 en la Conferencia de Hong Kong en 2005²³. El FMI, por su parte, ha lanzado recientemente una novedosa consulta a la sociedad civil para recabar opiniones acerca de la posibilidad de establecer una tasa a las transacciones financieras²⁴: idea a la que siempre ha sido reticente la ortodoxia neoliberal practicada por esta institución, pero que ha constituido una de las exigencias más claras y concisas que han venido formulando algunos movimientos ciudadanos —destacadamente, el movimiento ATTAC²⁵— desde hace una década.

La globalización o el cosmopolitismo no deben ser considerados como procesos positivos ni negativos en sí mismos. Su bondad estará directamente relacionada con la capacidad que tenga la humanidad

²² <http://esango.un.org/civilsociety/login.do>.

²³ http://www.wto.org/spanish/forums_s/ngo_s/ngo_s.htm.

²⁴ <http://www.imf.org/external/spanish/np/exr/consult/2009/pdf/fstnote.pdf>.

²⁵ <http://www.attac.es>.

para controlarlos democráticamente. Puede decirse que de afuera (ámbito supraestatal), ha venido lo mejor y lo peor: el alza de unos estándares y la caída de otros. Lo mejor en cuanto a nuevos y más altos estándares de protección de derechos humanos, aunque sólo sean parcialmente cumplidos. Lo peor en cuanto a las presiones que los agentes económicos son capaces de realizar sobre los gobiernos para que rebajen sus niveles de protección social. Lo mejor procede de instituciones legítimas, que actúan conforme al Derecho. Lo peor procede de los agentes no sometidos a ningún control democrático, pero cuyas decisiones todavía son tremendamente efectivas.

Las nuevas realidades sociales impuestas por los procesos de globalización invitan replantearse la efectividad del Derecho en general y del Derecho Internacional en particular. En ese replanteamiento del Derecho Internacional debe reconsiderarse su legitimidad democrática. Si es que ésta se quiere reforzar, inevitablemente deberá reforzarse el papel de la sociedad civil como fuente (en el sentido material) del Derecho; lo cual deberá dar lugar a la democratización de las fuentes (formales) del Derecho. Del hecho de que la sociedad civil sea tomada en cuenta como fuente de legitimidad dependerá no sólo que llegue a consolidarse una democracia formal en el ámbito internacional; sino además que la humanidad sea capaz de dotarse de un sistema jurídico lo suficientemente sólido como para hacer frente a las grandes aspiraciones que plantea el s. XXI —que, por cierto, no son más que las aspiraciones de otros tiempos—: la igualdad, erradicando la pobreza y cualquier otra discriminación; la libertad, eliminando el analfabetismo y las barreras a la libre movilidad de las personas; la paz, desarrollando un sistema sólido de Derecho Internacional que sea capaz de monopolizar el uso legítimo de la fuerza; y, por fin, la conservación del medio ambiente, sin lo cual todo lo demás carece de sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N., «¿Hay futuro para la paz?», en BOBBIO, N., *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997.
- ECHART MUÑOZ, E., *Movimientos sociales y relaciones internacionales. La irrupción de un nuevo actor*, Catarata, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006.
- IBARRA, P., *Manual de sociedad civil y movimientos sociales*, Síntesis, Madrid, 2005

- KALDOR, M., *La sociedad civil global. Una respuesta a la guerra*, Tusquets, Barcelona, 2001.
- KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Coyoacán, México, 2008 (Original, *Allgemeine Staatslehre*, 1925).
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, (1.^a ed.), Losada, Buenos Aires, 1941 (original, *Reine Rechtslehre*, de 1934).
- KELSEN, H., *Principles of International Law*, Ed. The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008 (Original, 1952).
- RAMONET, I., *Marcos, la dignidad rebelde. Conversaciones con Ignacio Ramonet*, Cybermonde, Valencia, 2001.
- SANTOS, B. S., *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.
- SANTOS, B. S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta / ILSA, Madrid, 2009.
- TRUYOL Y SERRA, A., *La sociedad internacional*, Alianza, Madrid, 2008.
- VIDAL-BENEYTO, J. (dir.), *Hacia una sociedad civil global*, Taurus, Madrid, 2003.
- VILLAR BORDA, L. (comp.), *Hans Kelsen, 1881-1973*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004.
- ZOLO, D., *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona, 2000.

RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

CRISTINA HERMIDA DEL LLANO
Prof. Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Rey Juan Carlos

El ordenamiento jurídico comunitario (de la Unión Europea, a partir del Tratado de Lisboa) y los ordenamientos jurídicos internos (derechos nacionales) constituyen ordenamientos separados y distintos pero no aislados, sino enlazados y abiertos a la influencia recíproca. Son numerosas las definiciones que de la influencia se han dado en la literatura; lo que, sin embargo, creo que más que ayudar ha entorpecido su esclarecimiento². De lo que, en principio, no cabría duda es que ejercer influencia, como las demás categorías del ejercicio de poder, se refiere a una relación de interacción en «la que un actor induce a otros actores a actuar de un modo determinado»³. March⁴ y Simon⁵ han insistido en que nos encontramos ante un caso especial de causalidad en el modo de variar el curso de las acciones de otros. La influencia nos reenvía, por tanto, al estudio sobre la determinación del comportamiento humano⁶, cuestión sobre la que

¹ Este artículo se inscribe dentro del proyecto de investigación «Derechos Humanos en la era de la interculturalidad», Ministerio de Ciencia e Innovación, DER2008-06063/JURI.

² Curiosamente, se hallan contribuciones relevantes sobre este tema en disciplinas tan diferentes entre sí como la psicología, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología y la filosofía. Vid. CARTWRIGHT, D., «Influence, Leadership, Control», en *Handbook of Organizations*, ed. por James G. March, University of California, Irvine, 1965, p. 3.

³ DAHL, R: *Análisis sociológico de la política*, Fontanella, Barcelona, 1968, p. 52.

⁴ MARCH, J. G., «An Introduction to the theory and measurement of influence», *American Political Science Review*, 49, 1955, pp. 431-451.

⁵ SIMON, H. A., *Models of man*, Wiley, New York, 1957.

⁶ CARTWRIGHT, D., «Influence, Leadership, Control», en *Handbook of Organizations*, op. cit., p. 3.

ahondó el célebre sociólogo alemán Max Weber a propósito del estudio del concepto de poder y de la dominación legítima⁷.

Se suelen atribuir los aspectos coercitivos y la utilización de sanciones fuertes, tanto positivas como negativas, al concepto de poder⁸, y dejar a la influencia los aspectos más persuasivos de las relaciones sociales⁹. La influencia, en definitiva, se presenta como la persuasión por antonomasia y, en suma como una forma de ejercicio de poder¹⁰, comúnmente utilizada por considerarse que es la que mejor se adapta al sistema social y democrático de Derecho¹¹.

Si la persuasión racional como el engaño y la manipulación son formas de influencia y, por consiguiente, de poder, habría que añadir que las promesas de premio y las amenazas de castigo pueden considerarse una clase especial de persuasión y disuasión. Como señala Oppenheim, las relaciones de intercambio incorporan normalmente promesas de recompensa mutua; por lo que este intercambio puede ser analizado en términos de relaciones de poder recíprocas¹². Ello es lo que ocurre con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros debido a que el derecho de la Unión constituye un derecho de integración previamente pactado por los Estados, que algunos explican como una renuncia a su soberanía por la transferencia de poderes consentida.

La elaboración de los dos principios generales que han servido de eje vertebrador en la integración entre los ordenamientos jurídicos

⁷ WEBER, M., *Wirtschaft und Gessellschaft*, Tubinga, 1922, p. 28.

⁸ LABOURDETTE, S. D., *El poder. Hacia una teoría sistemática*, Belgrano, Buenos Aires, 1984, pp. 47-48.

⁹ Así, entre otros, BOTTOMORE, T. B., en *La élite administrativa*, recogido en I. HOROWITZ, I., Comp.: *La nueva sociología*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, T. II, pp. 138-139. En la misma línea, LASSWELL, H. y KAPLAN, A., *Power and Society*, New Haven, Yale University Press, 1950, pp. 75-76.

¹⁰ En esta línea se sitúa OPPENHEIM, para quien la influencia constituye una subcategoría del poder y no viceversa o ajena a éste. OPPENHEIM, F. E., *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 19.

¹¹ Una excelente publicación en torno a este tema la podemos encontrar en el trabajo de HOVLAND, C. I., «Effects of the mass media of communication», en LINDZEY, G. (ed.), *Handbook of social psychology*, Addison-Wesley, Cambridge, 1954, pp. 1062-1103, y KLAPPER, J. T., *The effects of mass communication*, Free Press, Glencoe III, 1960.

¹² OPPENHEIM, F. E., *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, op. cit., p. 20.

de la Unión Europea y nacional se ha debido a la labor llevada a cabo, fundamentalmente, por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (desde el Tratado de Lisboa, Tribunal de la Unión Europea), aunque en menor medida también por la doctrina. Me estoy refiriendo al principio de efecto directo y al principio de primacía del derecho de la Unión¹³, buenos ejemplos ambos de cómo las relaciones entre ordenamientos en el fondo nos remiten a un problema de relaciones de influencia y, en definitiva, de poder. Básicamente, el ordenamiento de la Unión Europea detenta una relación de poder vertical con los ordenamientos internos de los Estados fundamentada en la necesidad de velar por que exista una interpretación unitaria, igualitaria y uniforme del derecho de la Unión Europea.

El principio de efecto directo fue acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁴ y es clave para poder explicar las relaciones de integración entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional, así como el papel que juega la persona en el derecho comunitario¹⁵. En sentido amplio, decir que una norma de la Unión Europea posee efecto directo implica que, sin ninguna acción estatal, dicha norma surte efectos en el ordenamiento interno, afectando a los particulares de dos modos diversos, esto es, imponiendo deberes jurídicos o, en su caso, cargas; y otorgando derechos subjetivos, que podrán hacer valer ante los órganos jurisdiccionales¹⁶.

El principio del efecto directo es un principio general del derecho de la Unión Europea de carácter estructural, en el sentido de que no

¹³ Vid. GEIGER, R., *Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2009, pp. 220-226.

¹⁴ En los Tratados Fundacionales no se encuentra ninguna mención al principio de efecto directo ni tampoco en el derecho primario posterior.

¹⁵ HAKENBERG, W., *Europarecht*, Verlag Franz Vahlen. 5. Auflage, München, 2010, pp. 63-64.

¹⁶ La atribución que la norma haga de derechos subjetivos a los particulares puede ser de dos tipos: explícita e implícita. Es explícita cuando la norma es del tipo de las que conceden derechos. Ahora bien, las normas pueden conceder derechos de forma implícita, lo que ocurre cuando los derechos subjetivos se conceden a una persona indirectamente, como consecuencia, por reacción, de los deberes que la norma impone explícitamente a otra u otras personas. El Tribunal de Justicia abordó en profundidad el tema de la atribución implícita de derechos subjetivos por parte de una norma comunitaria en la célebre Sentencia *Van Gend en Loos* (1963). Asunto 26/62, Sentencia *Van Gend en Loos*, EuGH, 5 de febrero de 1963, p. 3. Vid. HAKENBERG, W., *Europarecht*, op. cit., pp. 63-64.

se ocupa de expresar valores o contenidos ético-jurídicos sino que su misión consiste en articular la relación entre ordenamientos jurídicos: el de la Unión Europea y el interno de los Estados miembros. Aquí tenemos una buena prueba de cómo el tribunal de Luxemburgo no sólo tiene poder sino que lo ejerce desde el momento que articula y decide cómo deben ser las relaciones entre ordenamientos. El fundamento del principio del efecto directo en el ámbito de las relaciones entre ordenamientos jurídicos se encuentra en el espíritu de los Tratados fundacionales y, en suma, del ordenamiento de la Unión. Los particulares esperan poder hacer valer un derecho uniforme o armonizado en todo el ámbito territorial de la Unión Europea y que además sea aplicado de una forma similar por los correspondientes órganos jurisdiccionales a nivel nacional. El hecho de que el Tribunal de Justicia garantice la unidad interpretativa del derecho de la Unión Europea repercute en la consecución de uno de los objetivos más loables en el marco de la Unión Europea: la igualdad de derechos y deberes de los sujetos.

Como problema más general de las relaciones entre ordenamientos encontramos el supuesto de colisión de una norma comunitaria con una norma de un ordenamiento jurídico interno. Al igual que ocurría con el caso del efecto directo, nos encontramos aquí con un principio básico del ordenamiento europeo que articula, de nuevo, las relaciones entre ordenamientos, también muestra del complejo entramado de las relaciones de poder, y que ha sido igualmente resultado de la jurisprudencia mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como decisiones paradigmáticas habría que destacar las del caso *Costa c. ENEL*¹⁷ y la del caso *Simmenthal*¹⁸. Las ideas centrales del principio de primacía residen en estos dos puntos, resaltados por el Tribunal de Luxemburgo: la fuente del principio de primacía no se encuentra en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros sino en el derecho de la Unión Europea; y en segundo lugar, el principio de primacía constituye una exigencia que deriva de la propia naturaleza de su ámbito de actuación, la Unión Europea.

Hay que aclarar que el fundamento del principio de primacía no está en la jerarquía normativa sino en el reparto de competencias

¹⁷ Asunto 6/64, sentencia de julio de 1964.

¹⁸ Asunto 106/77, sentencia de 9 de marzo de 1978. Vid. ARNDT/FISCHER, *Europarecht*, C.F. Müller, 9.ª Auflage, Heidelberg, 2008, pp. 99-100.

entre la Unión Europea y los Estados miembros. Si éstos han renunciado al ejercicio de sus potestades soberanas en determinadas materias es evidente que cuando se produzca en estos ámbitos un conflicto normativo las normas válidas y aplicables serán las de la Unión Europea. El ordenamiento europeo se impone y prevalece sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros en aquellas materias en que se ha pactado una transferencia de poderes a la Unión Europea. De nuevo, nos encontramos aquí, en virtud de este principio de primacía, ante una norma básica de tipo estructural cuyo cometido es entrar a regular la relación existente entre ordenamientos: el de la Unión Europea y el interno de los Estados miembros: «... el principio de primacía no sólo expresa la prevalencia de las normas comunitarias sobre las de derecho “interno” de los Estados. También afecta a las competencias jurisdiccionales respectivas, pues es al Tribunal de Justicia comunitario, y no a los jueces nacionales, a quien corresponde la determinación del alcance de la primacía, interpretando el ámbito de aplicación de las normas comunitarias e, indirectamente la compatibilidad o incompatibilidad con la norma “interna”. Al definir la interpretación correcta de la norma comunitaria, en relación al asunto de proceso principal que tiene lugar en el derecho “interno”, estará determinando también, si bien implícitamente, la validez de la norma “interna”»¹⁹. A mi modo de ver, esto no debería entenderse como una violación del principio de separación de poderes ni como un exceso o abuso judicialista, como alegó en su momento el Gobierno italiano en el caso Simenthal en el supuesto de que el juez nacional deje por libre iniciativa inaplicada una ley interna por el mero hecho de que el Tribunal de Luxemburgo diga que es incompatible con el derecho comunitario. No se puede perder de vista que el derecho de la Unión Europea surge de la renuncia de soberanía estatal en determinadas materias, previamente pactadas.

Esta primacía en bloque de las normas de la Unión Europea se produce con respecto a todas las normas del ordenamiento jurídico interno, incluidas las constitucionales. Esto ha originado serios problemas en el ámbito de los derechos fundamentales, fundamentalmente, antes de que la Unión Europea gozara de una declaración propia de derechos, como sabemos, incorporada, tras muchos esfuer-

¹⁹ ROBLES MORCHÓN, G., *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de Teoría comunicacional del derecho*, op. cit., p. 131.

zos, plenamente ya al vigente Tratado de Lisboa (aunque sin carácter jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros; pensemos en Polonia o Reino Unido). Para entenderlo, basta recordar la rebelión producida por algunos Tribunales nacionales —alemán e italiano— que se negaban a aceptar el principio de primacía mientras que el derecho comunitario y el Tribunal de Justicia no garantizasen un nivel análogo de protección de los derechos al que existía en las respectivas Constituciones, es decir, la ley Fundamental del Bonn (*Grundgesetz*) y la *Costituzione* de 1947²⁰. Con ello, como ha llamado la atención Chueca Sancho, «en ausencia de sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, el ordenamiento de la Comunidad Europea corría el grave y nada teórico riesgo de ser “reestatalizado” o “renacionalizado”; la “reestatalización” se produciría en nombre de tales derechos y a través de los mecanismos estatales de protección.

La “reestatalización” podía ser, además, validada por órganos como los Tribunales Constitucionales»²¹. No fue casual, como apuntan Pernice o Salinas, que las quejas de los nacionales tuvieran un especial eco en aquellos Estados miembros que, derrotados tras la Segunda Guerra Mundial y habiendo padecido cruentas experiencias por sus regímenes totalitarios, disponían de una Constitución rígida que consagraba un fuerte sistema de protección de derechos fundamentales, con especiales garantías constitucionales al respecto²².

En cuanto al origen de la controversia, cabe situarla en una serie de recursos que, a partir de 1963, comienzan a plantearse ante los Tribunales ordinarios alemanes, en los que se pone en entredicho el efecto directo de los Tratados comunitarios, teniendo en cuenta el sistema dualista de recepción que el Derecho alemán defiende. Lo

²⁰ Sobre este asunto, remito a mi libro HERMIDA DEL LLANO, C., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 164-183.

²¹ CHUECA SANCHO, A. G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, segunda ed., 1999, p. 75.

²² PERNICE, I., *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Einbeitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, Schriften Europäische Wirtschaft ed. Prof. Dr. REGUL, R. y Prof. Dr. SASSE, CH., Tomo 96, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1979, p. 43; SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, p. 9.

que se plantea es si, establecido el efecto directo de las normas comunitarias, resulta posible cuestionar su validez cuando contradicen algún precepto constitucional. La influencia del razonamiento seguido en estos casos se dejaría entrever en la argumentación del propio TCF en dos sentencias dictadas en 1967 (de 5 de julio de 1967²³ y de 18 de octubre de 1967²⁴).

La polémica realmente estalla con la Sentencia de 29 de mayo de 1974, conocida como Solange Beschluss o Solange I²⁵. El TCF sostiene que en caso de conflicto entre el Derecho Comunitario y los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental de Bonn, «prevalece la garantía de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental»²⁶, en tanto la Comunidad no se dote de un Parlamento democráticamente elegido y con atribuciones legislativas, ante el que los órganos comunitarios serían responsables políticamente, y de un catálogo codificado de derechos fundamentales semejantes al de la Ley Fundamental²⁷. De este modo, el TCF establece una serie de requisitos indispensables para evitar el control constitucional del Derecho comunitario que, en su opinión, satisfacen plenamente la necesaria protección de los derechos fundamentales²⁸. Como ha precisado López Garrido: «Lo de menos en este caso es el fondo de la cuestión (no constató violación de la Ley Fundamental de Bonn), sino, como decimos, el que un Tribunal nacional controle la constitucionalidad de una norma de Derecho comunitario. (...) Lo que puso en cuestión el Tribunal alemán es la unidad e indivisibilidad de Derecho comunitario»²⁹. De ahí que la Sentencia suscitara una gran

²³ Vid. Asunto Re Tax on Malt Barley (22 BverfGE 134), de 5 de julio de 1967, (1067) CMLR 302.

²⁴ Vid. ATCF dictado en el asunto 1 BvR 248/63 y 216/67, en BverfGE 22, pp. 293 ss.

²⁵ El texto de esta Sentencia en castellano se encuentra en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*. BJC, n.º 58, Cortes Generales. Secretaría General del Congreso de los Diputados. Secretaría General del Estado, 1986, pp. 247-260.

²⁶ Vid. la versión española en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*. BJC, n.º 58, Cortes Generales. Secretaría General del Congreso de los Diputados. Secretaría General del Estado, 1986, p. 252 (final del Considerando B, I, 4).

²⁷ Vid. ibídem, p. 253. Vid. BverfGE37, 271. HERMANN, CH., *Examens-Repetitorium Europarecht. Staatsrecht III*, C.F. Müller, Heidelberg, 2009, p. 82.

²⁸ SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 21.

²⁹ Vid. el comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974 de LÓPEZ GARRIDO, D., «Derecho comunitario y defensa

oposición no sólo por parte de la doctrina alemana, sino también por parte de las instituciones comunitarias: de la Comisión, que protestó ante el Gobierno alemán, y del Parlamento Europeo, el cual la condenó en una resolución de 15 de junio de 1976 sobre la primacía del Derecho comunitario y la salvaguarda de los derechos fundamentales³⁰.

Estamos ante un caso claro de tensión entre las partes, como diría Oppenheim, relaciones de poder recíprocas, ya que el Tribunal de Justicia, consciente de que debía preservar su condición de juez legal y de máximo intérprete del derecho comunitario decide, a partir de su jurisprudencia, salvaguardar la protección de los derechos fundamentales, construyéndola desde 1969 mediante la referencia a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario³¹, y a los Tratados in-

de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional», *Boletín de Jurisprudencia Constitucional. BJC*, n.º 58, Cortes Generales. Secretaría General del Congreso de los Diputados. Secretaría General del Estado, 1986, pp. 247-248.

³⁰ No hay que olvidar que la decisión del TCF no fue adoptada por unanimidad, sino que tan solo votaron a favor cinco jueces contra tres que disentían totalmente.

³¹ No está de más apuntar que la labor realizada por el TJCE ha conseguido sus frutos, al promover y proteger con fuerza la integración jurídica europea mediante su propia actividad jurisprudencial, lo que logra el Tribunal gracias a su doctrina de configurar los derechos fundamentales como «auténticos principios generales del Derecho», doctrina elaborada a nivel iuscomparatista en virtud de sus propios esfuerzos doctrinales. En relación con ello, advierte con énfasis Peter Häberle, «¡Esto sí que es una auténtica muestra material de la existencia en general de una cultura jurídica europea unificada!». Vid. HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 121. Versión original editada en Duncker & Humblot, Berlín (RFA), con el título *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Schriften zum Öffentlichen Recht, vol. 436, primera ed., 1982; segunda ed. revisada, ampliada y puesta al día por su autor en 1996. La presente traducción se basa en el texto de esta segunda ed. y ha sido realizada, junto con la introducción, por MIKUNDA, E. Por otro lado, la apelación que hace el TJCE a los principios generales del Derecho se asemeja a la realizada por el Consejo Constitucional Francés, al haber incluido por la misma época entre las normas de referencia que se han de tener en cuenta para juzgar la constitucionalidad de las leyes «los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» (Sentencia 71-44, de 16 de julio de 1971). Una similitud todavía más contundente encuentra la doctrina del TJCE con la invocación que, desde el comienzo de la década de los cincuenta, vino realizando el Conseil d'Etat a los «principios generales» como normas de referencia para controlar la validez de los reglamentos. Como comenta RUBIO LLORENTE, F., «La Carta Europea de los Derechos», *Claves de razón práctica*, n.º 122, Madrid, mayo de

ternacionales para la protección de los derechos humanos firmados por los Estados miembros o en los que éstos han colaborado³². A este respecto, como sabemos, el Tribunal consideraría especialmente significativo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950³³, y al que la Unión Europea podría adherirse ya al haber adquirido personalidad jurídica³⁴, tras la aprobación del Tratado de Lisboa.

El TJCE da así un cambio de rumbo y se decide a construir su jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales, sobre un triple fundamento que van a otorgar tres importantes Sentencias: Stauder (1969), Internationale Handelsgesellschaft (1970) y Nold (1974)³⁵, superándose la denominada fase «inhibicionista» del

2002: «En realidad, la apelación a los principios generales ha sido un medio utilizado frecuentemente por los juristas continentales europeos, al menos desde el comienzo del movimiento codificador, para hacer más flexible la sujeción del juez al imperio de la ley», p. 5.

³² Son muchísimos los casos en los que el Tribunal de Justicia motiva de este modo sus sentencias. Vid., por ejemplo, el caso 44/79, Liselotte Haver v. Land Rheinland-Pfalz (Derechos Fundamentales. Derecho de propiedad. Libertad para desarrollar tareas comerciales o profesionales), art. 177, 13 de diciembre (1979), Rec. 3727, que aparece descrito de forma resumida en la obra de RASMUSSEN, H., *La Constitución de la Comunidad Económica Europea*, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 42-43.

³³ En relación con ello, recomiendo la lectura de las páginas del libro de NUSSBERGER, A., *Das Völkerrecht*, C.H. Beck, München, 2009, pp. 98-101.

³⁴ HAKENBERG W., *Europarecht*, op. cit., pp. 21-22.

³⁵ Sobre ello han insistido muchos autores como, por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw Hill, Madrid, 2.^a ed., 1999, pp. 293-294; RODRÍGUEZ VERGARA, A., «Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos», en Javier Corcuera Atienza (Coordinador) *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2002, pp. 101-104; PERNICE, I., *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Schriften Europäische Wirtschaft editado por Prof. Dr. Rudolf Regul y Prof. Dr. Christoph Sasse, Tomo 96, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1979, pp. 42-49. Por otra parte, HÄBERLE, P., en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 629, Duncker & Humblot, Berlín, 1992, p. 80, resalta la importancia de estas decisiones del TJCE, al entender que de ellas se derivan elementos importantes para el creciente «Derecho Constitucional Común Europeo». Vid. También STEIN-VON BUTTLAR, *Völkerrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2009, p. 384.

Tribunal de Luxemburgo³⁶ y comenzando la calificada como «proteccionista»³⁷.

Por ello no debería extrañar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su decisión unánime de 22 de octubre de 1986³⁸, conocida como Solange II, invirtiera la fórmula Solange de 1974³⁹. Esta decisión no es la última importante que va a marcar la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán acerca de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno. El siguiente hito vendrá marcado por la Sentencia de 12 de octubre de 1993, que resuelve cinco recursos de amparo interpuestos contra la Ley de ratificación del Tratado de Maastricht y la Ley de

³⁶ Un buen ejemplo de esta etapa abstencionista por parte del TJCE es la Sentencia de 4 de febrero de 1959, caso Stork contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del acero, 1/58, [1959] ECR, pp. 17-26. Para un extracto de esta Sentencia, vid. CLAPHAM, A., *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Volumen I, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1991, pp. 244-245. También otros ejemplos que muestran como el TJCE en un primer momento rechazó examinar cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales por declararse incompetente para asegurar el respeto de las reglas de Derecho interno, son la Sentencia «Comptoirs de vente de la Rhur», Präsident Ruhrkolen-Verkaufsgesellschaft mbH, Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, Mausegatt Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH y I. Nold KG /Alta Autoridad CECA (Sentencia TJCE 36, 37, 38/59 y 40/59 de 15 de julio de 1960, Rec. 1960), en la que también se interpone recurso de anulación contra varias decisiones de la Alta Autoridad de la CECA, alegando la parte recurrente el art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn, relativo al derecho de propiedad; o el auto «Acciaierie San Michele» (Sentencia del TJCE de 2 de marzo de 1967 «Acciaierie San Michele SpA./Alta Autoridad CECA», 9 y 58/65, Rec. 1967). En todos estos casos el TJCE reenvía para la protección de los derechos fundamentales a las soluciones consagradas en cada ordenamiento nacional —especialmente en el constitucional—, por entender que no eran cuestiones de Derecho comunitario. No hay que olvidar que el ordenamiento jurídico que contempla para su interpretación y aplicación es únicamente el ordenamiento jurídico comunitario.

³⁷ Sobre ello, remito a mi libro, HERMIDA DEL LLANO, C., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., pp. 127-145.

³⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986, (as. 2 BvR 197/83) Solange II, en BVerfGE 73, pp. 339 ss. El texto de esta Sentencia en castellano puede encontrarse en *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, vol. 14, n.º 3, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp.881-899. Un análisis pormenorizado de la misma ha realizado RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOELKER, U., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, vol. 14, n.º 3, pp. 667-681.

³⁹ BVerfGE 73, 339. HERMANN, CH., *Examens-Repetitorium Europarecht. Staatsrecht III*, op. cit., p. 82. Vid. ARNDT/FISCHER, *Europarecht*, op. cit., p. 100.

reforma constitucional, a raíz de la ratificación alemana del TUE⁴⁰. Dicha Sentencia ha sido muy controvertida, al sostener que los derechos fundamentales están protegidos en Alemania frente a todos los poderes públicos estatales o supranacionales que puedan afectarlos y que, en consecuencia, el Tribunal Constitucional podrá controlar los actos comunitarios que los vulneren. Con otras palabras: «El Tribunal Constitucional Federal estima que el proceso de integración europea no implica una relajación en la protección de los derechos fundamentales»⁴¹. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado se desarrollará en una relación de cooperación con el TJCE, por cuanto este último garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso particular para la totalidad del territorio de la Comunidad y por ello el Tribunal Constitucional Federal puede limitarse a *garantizar de manera general un nivel irrenunciable de derechos fundamentales*, dispensado por la Ley Fundamental.

Es interesante constatar cómo el Tribunal Constitucional Alemán ha reiterado esta postura en la Sentencia de 25 de enero de 1995⁴². Se trataba de un recurso de amparo interpuesto por una empresa alemana importadora de fruta de Colombia contra la aplicación del Reglamento del Consejo 404/93 de 13 de febrero de 1993 sobre la

⁴⁰ Sentencia dictada por la Sala II del Tribunal Constitucional Federal Alemán de Karlsruhe, [2 BvR (amparo constitucional) 2134 y 2159/92], que se recoge traducida al español en *BJC. Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 153, enero de 1994, Cortes Generales. Secretaría General del Congreso de los Diputados. Secretaría General del Estado, pp. 183-203. Del mismo modo, el texto de la Sentencia de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, aparece en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, GJ 133, Boletín 91, Madrid, enero/febrero 1994, pp. 63-86. Vid. también sobre ello, BACIGALUPO, M., «La constitucionalidad de la Unión Europea en Alemania (la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)», en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, GJ 134, D-21, Madrid, abril de 1994, pp. 7-45. Asimismo, vid. GEIGER, R., *Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht*, op. cit., pp. 28-29.

⁴¹ PI LLORÉNS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 39. También vid. ARNDT/FISCHER, *Europa-recht*, op. cit., pp. 100-101.

⁴² Vid. texto de la Sentencia *EuR*, 1995, n.º 162, pp. 91-95. La sentencia del TCF a propósito del Tratado de Maastricht, así como sobre la Ordenación del Mercado del Plátano pueden consultarse en castellano en ALÁEZ CORRAL, B. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, CEPC, 2008, Madrid.

creación de una Organización Común de Mercado del plátano, que primaba las importaciones de dicha fruta procedentes de Estados ACP, frente a las importaciones procedentes de terceros Estados, que quedaban restringidas y sometidas a importantes gravámenes. Con ello dicha empresa sufría una serie de perjuicios económicos que ponían en peligro su propia subsistencia⁴³. Con ello, el TCF parecía estar explícitamente confirmando su tendencia regresiva constitucional, habiéndose llegado a hablar en los últimos tiempos de una cierta «desactivación» de posibles conflictos⁴⁴.

Sin embargo, habría que volver necesariamente sobre el tema a raíz de conocer la posición que adoptó el TCF alemán frente al Tratado de Lisboa el 30 de junio de 2009⁴⁵, al reforzarse de nuevo las potestades del TCF frente al TJUE, así como resaltarse los límites que la Constitución alemana impone a la integración. Como ya ocurriera con la resolución Maastricht, esta sentencia recuerda la no injerencia en aquellos principios que, de acuerdo con la cláusula de intangibilidad, conforman la identidad constitucional alemana⁴⁶. Teniendo en cuenta que la identidad constitucional alemana se identifica con el

⁴³ Más detalles sobre este caso se pueden encontrar en los libros de PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, op. cit., pp. 40-41; SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., pp. 42-43.

⁴⁴ PI LLORENS, M., «El ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: Balance y perspectivas», Natividad Fernández Sola (Coordinadora): *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 130. La autora remite como ejemplo a la sentencia del TCF alemán de 7 de junio de 2000 así como a los comentarios realizados por PERNICE, I., «Les bananes et les droits fondamentaux: la Cour constitutionnelle allemande fait le point», *Cahiers de Droit Européen*, 2001, n.º 3-4, pp. 427-440. Asimismo vid. BverfGE 102, 147 (164) y BverfGK 3, 331 (334).

⁴⁵ Son numerosos los trabajos que han surgido en torno al tema. Entre otros, QUADRA SALCEDO-JANINI, T., «La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009», *RGDC*, n.º 8, 2009, pp. 12 ss., LOPEZ CASTILLO, A., «Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia Lisboa, de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán», *REDC*, n.º 87, 2009. Así como los diversos comentarios en el monográfico del número 8 del 2009 de *German Law Journal*. Especialmente, también destacaría el artículo GONZÁLEZ PASCUAL, M. I., «El TCF ante la integración europea. Últimas aportaciones», en <http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/ponenciaMaribelPascual.pdf>.

⁴⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30 de junio de 2009, Párrafo 208. www.bundesverfassungsgericht.de.

Estado democrático y social de derecho, el principio federal y la dignidad humana⁴⁷, dicha identidad constitucional no se encuentra a disposición de ningún órgano, siendo su garante el TCF⁴⁸, operando aquélla como límite absoluto para las organizaciones internacionales. Esta decisión no sólo previene sobre las consecuencias que tendría la vulneración de la identidad constitucional alemana, sino que pone claramente en entredicho la legitimidad democrática de la UE. Asimismo, manifiesta un claro recelo frente a la jurisprudencia de Luxemburgo. En concreto y frente a la llamada a la cooperación con Luxemburgo en Maastricht, afirma que le corresponde examinar si se produce una interpretación extensiva de los tratados por parte de la jurisprudencia del TJUE que equivalga a una inadmisibles modificación autónoma de los Tratados⁴⁹.

Frente a la autonomía del derecho de la Unión Europea⁵⁰, el TCF reafirma su sumisión al derecho estatal, definiendo la autonomía de la UE como una autonomía administrativa delimitada por el espacio otorgado explícitamente por los sujetos que detentan la autoridad para ello, los Estados⁵¹. Queda patente aquí que la identidad constitucional de la Unión Europea la configuran los Estados miembros a través de sus respectivos órganos jurisdiccionales⁵². El TCF no parece así disimular su firmeza frente a cualquier propuesta de modificación del paradigma constitucional.

Un caso similar lo encontramos en el recorrido de la jurisdicción constitucional italiana. Efectivamente, también el Tribunal Constitucional italiano ha centrado su atención en la relación entre el derecho de la Unión Europea y la legislación nacional, debido sobre todo a

⁴⁷ SCHMALE, WOLFGANG Y TINNEFELD, MARIE-THERES, «Identität durch Grundrechte», *DuD • Datenschutz und Datensicherheit*, N.º 1, 2010, pp. 523-528.

⁴⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 218. www.bundesverfassungsgericht.de.

⁴⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 338. www.bundesverfassungsgericht.de.

⁵⁰ STJUE, Asunto Costa contra Enel (C- 6/64), de 15 de julio de 1964.

⁵¹ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 231. www.bundesverfassungsgericht.de.

⁵² OLLERO TASSARA, A.: «La aplicación del derecho comunitario como cuestión infraconstitucional en el ordenamiento jurídico español», en la *Revista Cortes Generales* 2009 (76), pp. 117-133; «Zastosowanie prawa wspólnotowego jako kwestia dotycząca aktów prawnych podrzędnych wobec kontytucji w hiszpańskim porządku prawnym», *Przegląd Legislacyjny* (Warsovia), 2010 (XVII, n.º 1, 71), pp. 51-63.

las dificultades como Estado para adaptarse a los principios estructurales del Derecho de la Unión y, más concretamente, al principio de primacía de las normas europeas.

En 1964 se llevaron a cabo una serie de recursos ante diferentes Tribunales italianos en los que se revela cierta intranquilidad ante los efectos inmediatos que produce la normativa comunitaria sobre la esfera privada y los derechos constitucionalmente protegidos de los italianos. El primer recurso que llega a la Corte Costituzionale italiana y que plantea el tema de la posible inconstitucionalidad de los Tratados constitutivos así como las relaciones entre ambos órdenes jurídicos es el caso Costa⁵³. La jurisdicción constitucional italiana entiende que, dado que las normas comunitarias forman parte de un ordenamiento jurídico diferente y separado, que nada tiene que ver con el orden nacional italiano, y que éstas son aplicables en Italia en virtud de la ley ordinaria por la que se produjo la adhesión, no resulta posible que una disposición de esta naturaleza pueda ir en contra de una norma constitucional que goza de mayor rango normativo. Por tanto, si bien un incumplimiento de los Tratados podría dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado italiano, sin embargo, no podría obligar a la aplicación de los Tratados constitutivos por encima de la Constitución⁵⁴. Como sabemos, esta postura sería rectificada por el Tribunal de Justicia poco después con el caso Costa contra ENEL, al afirmar rotundamente la primacía de las normas comunitarias⁵⁵.

No obstante, una toma de posición explícita y contundente se había producido anteriormente en la Sentencia de 27 de diciembre de 1973, dictada por la jurisdicción constitucional italiana en el caso Frontini⁵⁶. La cuestión de fondo giraba en torno a la relación entre el ordenamiento jurídico italiano y comunitario. Según el Tribunal Constitucional Italiano, el control sobre la compatibilidad constante de los Tratados con los principios fundamentales del orden jurídico

⁵³ Vid. Sentencia n.º 14, de 7 de marzo de 1964, XLVII *RivDirInt* (1964), pp. 295-296.

⁵⁴ Vid. Sentencia Costa, ibídem, p. 296.

⁵⁵ Vid. Flaminio Costa contra ENEL. Caso 6/64, Sentencia de 15 de julio de 1964.

⁵⁶ Vid el texto de la Sentencia Frontini del TCI de 27 de diciembre de 1973, LVII *RivDirInt* (1974), pp. 130-139, o también en *Foro It.*, 1974, parte I, pp. 314-330, con nota de R. Monaco.

constitucional y los derechos inalienables de la persona se hará «sólo en el caso, más que límite, casi impensable de que las instituciones hiciesen un uso o una interpretación aberrante de sus poderes»⁵⁷. Es así como el TCI se deja una puerta abierta en el caso, aun extremo e hipotético, de que una evolución de la Comunidad obligase al ejercicio de un control de constitucionalidad a fin de comprobar la adecuada protección de los derechos fundamentales vía ley de ejecución y con el posible resultado, por tanto, de la retirada de la Comunidad⁵⁸.

Como fácilmente se puede constatar, la postura de la jurisdicción constitucional italiana coincidía con la del Tribunal Constitucional alemán en que tanto una como otra aceptaban el ejercicio de un control de constitucionalidad sobre el Derecho comunitario en caso de violación de los derechos fundamentales. Sin embargo, la postura italiana era más moderada, en cuanto reconocía que los derechos fundamentales estaban protegidos en el ordenamiento comunitario y consideraba hipotético e improbable que pudiese producirse una contradicción entre las normas comunitarias y los principios o derechos del ordenamiento constitucional; de ahí que su reserva fuese más teórica que la alemana⁵⁹.

El TCI reitera esta doctrina en su Sentencia Granital de 8 de junio de 1984⁶⁰ y en la Sentencia Fragd de 22 de mayo de 1989⁶¹, manteniendo la afirmación de que los derechos fundamentales de la Constitución italiana son un límite infranqueable para la Comunidad. El Tribunal Constitucional Italiano claramente abre el camino a un control de constitucionalidad de los actos comunitarios⁶² y, como ha

⁵⁷ Vid, ibídem, p. 329.

⁵⁸ Vid. SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 49.

⁵⁹ Cfr. MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, Segunda ed., 1987, p. 151; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, vol. I, julio/diciembre 1997, op. cit., p. 364.

⁶⁰ El texto de la Sentencia en castellano se encuentra en *BJC*, n.º 172, pp. 529-546.

⁶¹ El texto de la Sentencia en *RDI*, 1989, n.º 1, pp. 103-109.

⁶² Sobre esta cuestión vid. RECCHIA, G., «Osservazioni sul ruodo dei diritti fondamentali nell'integrazione europea», *Diritto e Società*, nuova Serie 1991, n.º 4, Cedam Padova, pp. 663-674, en cuyo artículo se parte de la Sentencia 232/1989 de

precisado Rodríguez Iglesias, «introduce en la jurisprudencia constitucional italiana un matiz consistente en el desplazamiento del énfasis de la improbabilidad del conflicto a la posibilidad teórica del mismo»⁶³.

Cabría señalar que mientras que lo que al TCF parece preocuparle más es la reafirmación del principio del Estado democrático frente a la débil legitimidad democrática de la Comunidad, de ahí su insistencia en la necesidad de un poder auténticamente legislativo del Parlamento Europeo o de un catálogo preciso de derechos fundamentales; por el contrario, al TCI lo que más parece interesarle es la relación existente entre el derecho de la Unión Europea y el derecho interno.

Además de Alemania e Italia, también Dinamarca⁶⁴ ha puesto de relieve, a modo de amenaza frente al Tribunal de Luxemburgo, la posibilidad de un control constitucional. Como ha precisado Poyal Costa: «Tal actitud amenazaba con poner en peligro la superioridad del derecho comunitario⁶⁵ y su eficacia en el derecho interno. Además,

la Corte Costituzionale que plantea importantes cuestiones sobre el control de constitucionalidad en materia de normas concernientes a los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario.

⁶³ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco)*, op. cit., p. 1195.

⁶⁴ El Tribunal Supremo de Dinamarca, mediante Sentencia de 12 de agosto de 1996, ha reconocido un interés suficiente a once ciudadanos para solicitar el control judicial de fondo de la compatibilidad de la adhesión de Dinamarca al Tratado de Maastricht con la Constitución, en particular, con el art. 20.1 de la misma. La sentencia implica un cambio con respecto a la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, puesto que supone un cuestionamiento de la trasferencia de competencias soberanas, ante la alegación de haberse sobrepasado los límites constitucionales.

⁶⁵ Me gustaría apuntar que, a pesar de que la discusión respecto a los derechos fundamentales se centra, generalmente, en las posiciones de la jurisdicción constitucional alemana e italiana, los Tribunales Constitucionales en general se resisten a reconocer la primacía del Derecho comunitario sobre el propio Derecho constitucional, salvando el caso del Consejo de Estado belga. La reticencia de los Tribunales Constitucionales a asumir el principio de la primacía del Derecho comunitario con el alcance que le otorga el TJCE se comprende a la luz de que la supremacía de la Constitución constituye el presupuesto existencial de dichos Tribunales Constitucionales; de tal modo que tanto el Derecho comunitario como el Derecho constitucional nacional se autoafirman con una pretensión de primacía. Vid. Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor*

el principio de la unidad del ordenamiento comunitario se encuentra amenazado ya que las garantías acordadas a las naciones comunitarias son susceptibles de variar en función de diferentes sistemas nacionales»⁶⁶. Por todo ello, y además por la ineludible necesidad de impedir la «reestatalización» de lo antes comunitarizado⁶⁷, resultaba necesario luchar por que la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario se articulase de tal modo que los conflictos con los ordenamientos estatales no se produjeran. A este respecto, le competía al Tribunal de Justicia la tarea de interpretar el conjunto del Derecho de la Unión Europea de conformidad con los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, «que debe identificar y formular con suficiente amplitud, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales»⁶⁸. Al mismo tiempo, se esperaba de estos órganos jurisdiccionales nacionales que, por su parte, contribuyeran con su propia actividad a otorgar efectividad al Derecho europeo.

Pues bien, una de las grandes aportaciones del Tratado de Lisboa será precisamente ayudar a clarificar el funcionamiento de las relaciones jurídicas, y de poder entre el ordenamiento de la Unión Europea y los ordenamientos internos. Un complejo entramado normativo tratará de delimitar con claridad las competencias estatales y europeas, así como construir un modelo parlamentario más democrático, en el que las iniciativas de los ciudadanos europeos se contemplen, en el que los derechos fundamentales estén claramente re-

D. Manuel Díez de Velasco, op. cit., pp. 1175-1200, concretamente, pp. 1191 y 1200; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y VALLE GÁLVEZ, A., «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, vol. I, julio/diciembre de 1997, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 373-374.

⁶⁶ POYAL COSTA, A., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997, pp. 94-95.

⁶⁷ Sobre ello ha insistido CHUECA SANCHO, A. G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., pp. 75-76; RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, vol. I, julio/diciembre de 1997, op. cit., p. 375.

⁶⁸ Vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco*, op. cit., p. 1200.

cogidos en un catálogo de derechos que, por desgracia, no es jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros, y en el que la construcción de Europa se pretenda desde relaciones verticales pero en sentido inverso a como se habían producido hasta la fecha, de abajo a arriba, pues sólo así, como diría el constitucionalista alemán Häberle, conseguiremos una «Europa de los ciudadanos»⁶⁹, segura, igualitaria, asentada sobre un poder no sólo legítimo sino también legitimado.

No cabe duda alguna de que son los Estados miembros los que conforman la identidad constitucional de la Unión Europea, pareciendo apostar más por una Europa a la carta que por una Europa a diferentes velocidades. En este contexto, se explica que haya desaparecido del Tratado de Lisboa el precepto del Tratado Constitucional que por primera vez hacía referencia expresa al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (art. I.6), siendo sustituido por una Declaración que se limita a recordar «que con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia»⁷⁰.

En realidad, la desaparición del articulado del irrenunciable principio (jurisprudencial) de primacía, pone de relieve la concepción que del proceso de integración tienen aquellos Estados que rechazaban

⁶⁹ HÄBERLE, P., «Programas sobre Europa en Constituciones y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del “Derecho constitucional nacional sobre Europa”» en *Retos actuales del Estado Constitucional*, Selección y supervisión de Iñaki Lasagabaster Herrarte, Traducción de Xavier Arzoz Santiesteban, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), Oñati, 1996, p. 125. Título original: «Europ programme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe —der Ausbau von nationalen “Europaverfassungsrecht”», DUE, O., LUTTER, M., SCHWARZE, J. (eds.), en *FS für Ulrich Everling*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 161-173. Vid. también Prólogo de LÓPEZ PINA, A., «La vocación cívica universal de Pedro Häberle» al libro de HÄBERLE, P., titulado *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998.

⁷⁰ Ello, a pesar de que la Conferencia decidió incorporar al Acta Final de la misma el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía en el que, entre otros aspectos, es establecía con toda claridad que «el principio de la primacía del Derecho Comunitario es inherente a la naturaleza específica de la Unión Europea». Y añadía: «el hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia vigente del Tribunal de Justicia».

ver recogido en el Tratado dicho principio. Esto también lo apoya el hecho de que el artículo primero que hace de pórtico del nuevo TUE no contenga la referencia expresa a la doble legitimidad de la Unión (Estados y ciudadanos), limitándose a establecer que «la Unión se fundamentará en el presente tratado y en el tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea» que sustituirá al actual TCE.

Sin embargo, más preocupante todavía resulta que existan una serie de concesiones a algunos Estados, que ya no son meros retoques cosméticos. Así, por ejemplo, se incorpora una declaración que deja patente que «las disposiciones referentes a la Política Exterior y de Seguridad Común, incluido lo relativo al alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores, Política de Seguridad y Servicio de Acción Exterior no afectarán a las bases jurídicas, responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior, su servicio diplomático nacional, sus relaciones con terceros países y su participación en organizaciones internacionales». En esta misma línea se inscribe la inclusión de un nuevo artículo en el TUE que hace mención al refuerzo del papel de los parlamentos nacionales o el precepto sobre la modificación del mecanismo de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad. A mi juicio, —y concluyo— lo que todo este entramado normativo deja traslucir es un profundo problema político: la existencia de muy variadas concepciones sobre el proceso de integración europea que parecen estar apostando por un modelo claramente intergubernamental⁷¹.

⁷¹ HABERMAS, J., «En el euro se decide el destino de la UE», *Die Zeit*. Traducción de Jesús Alborés Rey, 23 de mayo de 2010.

LA INCIDENCIA «INTERESADA» DE LA DIRECTIVA 2003/86/CE EN LA ÚLTIMA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA ESPAÑOLA

ENCARNACIÓN LA SPINA
*Institut de Drets Humans. Universitat de València**

SUMARIO:—1. Una relectura de la Directiva 2003/86 y los «reajustes» tras la última reforma de la Ley de Extranjería.— Consideraciones finales.— Referencias bibliográficas.

Una vez superado el exclusivo predominio del tratamiento jurídico nacional de la inmigración, la consolidación de un marco regulador único en todo el espacio europeo, no sólo constituye un modelo de cómo abordar legalmente la extranjería y la inmigración. Sino también determina el marco legal al que el sistema normativo interno español ha de acomodarse necesariamente a la hora de diseñar cualquier norma jurídica de extranjería. Por tanto, no es posible, legislar, ejecutar lo legislado o interpretar la normativa existente sin tener en cuenta las normas imperativas que proceden tanto del peso de las disposiciones comunitarias como de los Convenios internacionales ratificados¹. Habida cuenta de esta imperatividad, el análisis aquí propuesto se centra en un ejemplo concreto de la incidencia normativa de la Unión Europea en materia de inmigración, como es la transposición interna de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países. Una elección no baladí, si consi-

* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto Consolider Ingenio 2008-00007 «El tiempo de los derechos», financiado por el Ministerio de Educación. Es una versión revisada y resumida de un capítulo de la tesis doctoral «La reagrupación familiar como vía de integración de los inmigrantes en España, Italia y Portugal: un análisis comparado», de la que soy autora.

¹ Álvarez Rodríguez, A. (2009): «Propuestas para una política migratoria eficaz ¿implican una reformulación de la normativa interna española?» Blanco, C., Barbero, I.: *Pautas de asentamiento de la población inmigrante: implicaciones y retos socio-jurídicos*, Dykinson S. L., Instituto internacional de sociología jurídica, Dykinson, Madrid, pp. 405-445, esp. p. 437.

deramos que entre los instrumentos jurídicos de derecho derivado en materia de extranjería, enmarcados en el bloque constituido por el «trato justo a ciudadanos de terceros países», la Directiva sobre reagrupación familiar ocupa un lugar relevante por diversas razones. Por ser la primera y más importante positivización adoptada en el ámbito de la Unión Europea después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en favor de los nacionales de terceros Estados. Y, además, por su objetivo de lograr una aproximación y armonización del estatuto jurídico de los nacionales de países terceros presente en las legislaciones nacionales en cuestiones de empleo y familia². De hecho, autores como De Bruycker, desde una visión más crítica, lo califican más bien como « texto emblemático de las dificultades del proceso de armonización del derecho de los extranjeros a nivel europeo que también contiene disposiciones que tendrán repercusiones concretas para los nacionales de terceros países»³.

En virtud de la habilitación del artículo 63.3 del Tratado de Ámsterdam, con la aprobación de una Directiva sobre reagrupación familiar se llevó a cabo la primera positivización de este derecho, en favor de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, con excepción de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca⁴, aunque extensible a situaciones internas como al status de residente de larga duración, junto a un estatuto preferencial del reagrupante-refugiado⁵. Con independencia de las variantes

² PEERS, S.; ROGERS, N. (2006): *EU immigration and asylum Law. Text and commentary*, Koninklijke Brill N.V., Netherlands, 2006, pp. 573-613, esp. p. 577.

³ Vid. DE BRUYCKER, P. (2005): «Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile», en JULIEN-LAFERRIERE, F.; LABAYLE, H.: *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, p. 45-75, esp. p. 67.

⁴ Vid. HAILBRONNER, K. (1998): «European immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty», *Common market Law review*, 35, 1998, pp. 1047-1067, en concreto p. 1057-1058 «were fundamentally opposed to the comunitarization of any of the substantive areas presently covered by the third pillar, the opting-out of these Member States was the price necessary to achieve communitarization». Vid. SCHIBEL, Y. (2005): «Transposing EU Law on Legal Migration», *European Journal of Migration and Law*, 6, pp. 395-404.

⁵ Por tanto, quedan excluidos de la misma los miembros de familias de ciudadanos de la Unión que tienen su propio tratamiento jurídico. De hecho, se prevé el peculiar estatuto del reagrupante-refugiado en el octavo considerando artículos 9-12, estableciendo condiciones más favorables debido a las razones que le obligaron a huir del país y que le impiden llevar en el mismo una vida de familia. Así, debe ha-

terminológicas respecto a la materia, como bien ha señalado algún autor no cabe duda de que el derecho subjetivo a la reagrupación familiar queda protegido en el ámbito comunitario⁶ y «removido de un exclusivo control nacional». Prueba de ello, es la previsión sustantiva del artículo 4.1 de la Directiva que resulta obligatoria para los Estados miembros «autorizarán la entrada y la residencia de ciertos familiares», so pena del efecto directo de tal previsión. Dicho artículo, es una disposición básica a efectos de la configuración jurídica del derecho a la reagrupación familiar, por dos motivos convergentes. El primero, porque enuncia claramente una obligación precisa para los Estados, que implica un derecho correlativo de los individuos a los cuales la Directiva es aplicable, recientemente confirmado por el propio Tribunal de Justicia. Y, el segundo, la cuestión del efecto directo en el caso de una no transposición o incorrecta transposición en el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros⁷.

Es más, incluso, por medio de tal previsión, como bien ha señalado Gómez Campelo⁸, incluso se ha ido más allá porque se ha asumido teóricamente la reagrupación familiar como derecho, tanto en los instrumentos internacionales como en las legislaciones nacionales, aunque

llarse reconocido como tal refugiado en los términos de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967. La existencia de vínculos familiares previos a la entrada, demostrables por cualquier medio de prueba, sin periodo de residencia previo y sin los citados requisitos potestativos. Vid. artículos 11 y 12 de la Directiva, respectivamente.

⁶ Vid. CHOLEWINSKI, R. (2002): «Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right?» *European Journal of Migration and Law*, 4, pp. 271-290, en concreto p. 272. Vid. también, SCHAFFRIN, D. (2005): «Which Standard for family reunification of third-country nationals in the European Union», in CARLIER, J.Y.: *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Bruylant, Bruxelles, pp. 90-143, en concreto, p. 99.

⁷ Vid. Comisión Memo/05/348, 3 octubre de 2005. Los siete Estados Miembros *meeting the deadline* fueron Bélgica, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia y Eslovenia. Por ello, la Comisión ha presentado, por decisión de 28 de junio de 2006 los dictámenes motivados a los que se refiere el artículo 226 del TCE contra Bélgica, Chipre, Alemania, Estonia, Grecia, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo y Malta. El 12 de diciembre de 2006 la Comisión decidió iniciar el procedimiento ante el TJCE contra Alemania, Italia, Luxemburgo, Malta y archivar el procedimiento respecto a Bélgica, Estonia, Grecia, Francia, Finlandia.

⁸ GÓMEZ CAMPELO, E. (2000): «El derecho a la reagrupación familiar según la Directiva 2003/86/CE», *Actualidad Administrativa*, Madrid, 2000, pp. 1551-1560, vid p. 1552 «constituye la formulación práctica de un derecho teóricamente asumido».

en puridad, no goce explícitamente ni pacíficamente de tal reconocimiento⁹. Por tanto, desde esta perspectiva no resulta tan casual, más bien, es abiertamente lo contrario, totalmente intencionado: conceder un cierto margen de maniobra a los Estados. Sobre esta peculiaridad, hace especial hincapié, Vargas Gómez-Urrutia cuando señala que «la Directiva deja un amplio margen de maniobra a los Estados miembros para establecer las medidas que la Directiva prevé con el fin de armonizar las legislaciones internas, pero por otra parte, en la transposición y aplicación de las mismas también habrán de respetarse las disposiciones internacionales mencionadas, que evidentemente, también les obligan a título individual como Estados parte del CEDH y de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos»¹⁰.

En efecto, la acción normativa de los Estados a nivel interno, llama a reformular o someter a revisión la titularidad de este derecho, en la medida en que determina que se sea nacional de un país tercero y una residencia legal¹¹ en un Estado miembro con un permiso de residencia superior o igual a un año y una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia duradera¹². Un claro ejemplo,

⁹ En cambio, prueba de que tal reconocimiento no es una cuestión pacífica en las legislaciones nacionales, es la postura adoptada por Austria durante las negociaciones, dónde se opuso a la creación de un derecho europeo a la reunificación familiar, por considerar que este derecho excedería la garantía contenida en el artículo 8 del CEDH. Documento del Consejo 5772/00 de 10 de febrero de 2000. Así mismo Bélgica declaró que el término derecho le planteaba problemas ya que su legislación nacional no reconocía tal derecho. Ante estas alegaciones, la Presidencia decidió someter al CEIFA la cuestión: ¿Debe considerarse la reagrupación familiar un derecho cuyo ejercicio está sometido al cumplimiento de determinadas condiciones? Documento del Consejo 7675/1/00 de 10 de abril del 2000.

¹⁰ VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M. (2007): «De Estrasburgo a Luxemburgo: lugares comunes, encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J. M., (eds.), *Migraciones y Desarrollo* (II Jornadas Iberoamericanas de Estudios internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006), Marcial Pons, Madrid, pp. 581-599, esp. p. 584.

¹¹ Sobre la definición de permiso de residencia el artículo 2 e) establece como tal «cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permite a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio, con arreglo a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo de 13 de junio de 2002 por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países» DO L 157 de 15 de junio de 2002.

¹² El artículo 3.1. Esta exclusión contempla a personas au pair y becarios, y el comentario de éste por la Propuesta de Directiva de 2 de mayo de 2002 es del siguiente

según De Bruycker¹³ de disposición ambigua, que prevé un criterio claro y objetivo, la posesión de un permiso de residencia determinado junto a un criterio subjetivo como es la perspectiva fundada y un derecho de residencia permanente. Completando, el tratamiento jurídico dado a la reagrupación familiar por la Directiva, como condiciones materiales del derecho se habilita a los Estados para exigir la acreditación de requisitos acumulativos y/o opcionales para el ejercicio de este derecho. En primer lugar, podría ser exigible un periodo de residencia superior a los dos años¹⁴ antes de la solicitud de la reagrupación y, la disposición de una vivienda adecuada así como recursos estables, suficientes o un seguro de enfermedad. Es decir, condiciones todas ellas que acrediten subvenir a las necesidades de los miembros de la familia una vez reagrupada sin financiación pública¹⁵. En segundo lugar, contiene una definición claramente restrictiva de los beneficiarios de la reagrupación familiar y los derechos derivados de la misma¹⁶, por varias razones. Por una parte, se mantiene el principio de que los familiares de los que pretenden reagruparse se encuentren fuera del territorio del Estado miembro, salvo excepciones previstas por los Estados. Por otra parte, aunque se prevé la posibilidad de reagrupar a los descendientes, se limita a los hijos menores de edad ya que los mayores de edad sólo podrán serlo por motivos de salud. Por ello, es importante el margen de libre apreciación de los Estados a la hora de limitar o hacer extensible este núcleo

te tenor «el proyecto personal de permanencia se convierte de este modo en esencial y disuasorio para eventuales reagrupantes en una situación laboral de precariedad».

¹³ Vid. De BRUYCKER, P. (2005): *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, op. cit. 3, p. 53 «sachant que la directive n'entend pas limiter les bénéficiaires du droit au regroupement familial aux seules personnes couvertes par la directive aux résidents de longue durée? »

¹⁴ El artículo 8 establece un requisito facultativo que puede claramente animar al endurecimiento del plazo básico en los Estados miembros pues ni siquiera lo condiciona a una cláusula de mantenimiento del status quo.

¹⁵ Condiciones facultativas que como veremos en la segunda parte del trabajo han sido adoptadas por todos los Estados de la Unión Europea sin excepción. Vienen exigidos por el artículo 7.1 y por otra parte el artículo 7.2 muy controvertido y cuestionado por dejar total discrecionalidad a los Estados dada la ambigüedad de su tenor: «los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional».

¹⁶ Los artículos 13, 14 y 15 establecen un mínimo necesario y condicionado que parte de un permiso de residencia de un año renovable, el acceso a la educación, a un empleo y la formación profesional y un permiso de residencia autónomo a los cinco años.

familiar a otras realidades familiares actuales. La reagrupación de ascendientes en línea recta y en primer grado artículo 4.2.a) no admite la reagrupación familiar de ningún tipo de familiar colateral, ejemplo hermanos en situación de dependencia. Si bien, si se enuncia el artículo 4.3 la posibilidad de equiparar el cónyuge no casado de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada o constituya con el reagrupante una pareja de hecho registrada». De igual modo, se contemplan limitaciones facultativas que pueden imponer los Estados con vistas a la exclusión del hijo de reagrupante poligámico¹⁷, el sometimiento a un examen previo de integración al hijo mayor de 12 años que llegue independientemente del resto de la familia o su exclusión¹⁸, la exigencia de una edad mínima previa a la solicitud de no más de 21 años¹⁹ y, la efectividad de la vida familiar efectiva²⁰. Por último, regula otros extremos, como el procedimiento de solicitud del derecho, donde se establecen medidas de denegación de solicitud, retirada de permiso, denegación de renovación o expulsión en los supuestos de incumplimiento de las condiciones establecidas o de fraude, orden público, seguridad pública y salud pública²¹.

En líneas generales, tales limitaciones, en palabras de De Bruycker, se ajustan a la categoría de «una derogaciones talladas a la medida

¹⁷ Así, el artículo 4.4. párrafo segundo puntualiza: «no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante.»

¹⁸ El 4.1 fija como familiares reagrupables los miembros de la familia nuclear. Nótese el tratamiento jurídico de las parejas de hecho en la Directiva 2004/38CE y en la Directiva 2003/86/CE.

¹⁹ El artículo 4.5: «Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que esta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante».

²⁰ Según el artículo 16.1 a sensu contrario «El Estado puede denegar una solicitud cuando un reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva».

²¹ Cabe destacar que dichas normas procedimentales establecidas son de carácter potestativo y tiene como objeto concretar el contenido mínimo que debe ser regulado por cada Estado. Vid. el artículo 5.1 establece: «Los Estados miembros determinarán si, con el fin de ejercer el derecho a la reagrupación familiar, la solicitud de entrada y de residencia debe ser presentada ante las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, ya sea por el reagrupante ya sea por el miembro o miembros de la familia».

de los Estados miembros»²² que no sólo cuestiona el «alcance armonizador» de la Directiva²³ sino que plantean interrogantes sobre su conformidad con el Standard internacional de derechos humanos²⁴. Si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no aprecia tal contrariedad «porque si bien la Directiva reserva a los Estados miembros un margen de apreciación, éste es lo suficientemente amplio para permitirles aplicar las normas de la Directiva en un sentido acorde con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales».

1. UNA RELECTURA DE LA DIRECTIVA 2003/86 Y LOS «REAJUSTES» TRAS LA ÚLTIMA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Como mencionados, los objetivos perseguidos en la adopción de la Directiva 2003/86/CE eran varios. Primeramente, la finalidad central de dicho texto no era otra que garantizar un trato justo y una integración efectiva de los nacionales de terceros países residentes en

²² Vid. DE BRUYCKER, P. (2005): *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, op. cit. 3, pp. 52-63. Dicho autor hace una clasificación de las técnicas legislativas de armonización, en los siguientes términos: «accordation au sein du Conseil sur les dispositions de compromis dont la rédaction est ambiguë ou contradictoire (...) L'insertion de dérogations taillés sur mesure pour certaines Etats membres (...) Le renvoi au droit national vidant une disposition d'une partie de sa substance (...) L'autorisation donné aux États membres de maintenir ou adopter dispositions nationales plus favorables que celles des directives (...) l'insertion de dispositions non contraignantes dans le corps même de la directive».

²³ Según, DE BRUYCKER, P. (2005): *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, op. cit. 3, p. 56 «ces dispositions contribuent évidemment à détricoter un peu plus encore les directives dans lesquelles elles ont été insérées: l'impossibilité d'une harmonisation à la hausse combinée à la volonté d'éviter une harmonisation à la baisse amène évidemment à s'interroger sur la réalité de l'harmonisation projetée».

²⁴ Vid. Recurso Parlamento europeo de 22 de diciembre de 2003, Asunto C-540/03, DOUE núm. C47/2004, p. 21. Sobre esta base, el Parlamento señaló la existencia de un número de disposiciones inaceptables, artículo 4 apartado 1 y 6 y artículo 8 con respecto a los derechos fundamentales a la vida familiar y del derecho a la no discriminación, tal como están garantizados por el Convenio de Roma y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la UE o los principios generales del Derecho comunitario, según lo establece el artículo 6, apartado 2 del Tratado de la UE.

la Unión Europea, que tomara como inspiración las disposiciones del Derecho comunitario en vigor para los ciudadanos comunitarios que ejercen su derecho a la libre circulación.

También, era apremiante recoger parte de las medidas adoptadas en reuniones intergubernamentales de conformidad a las peticiones del Consejo Europeo de Tampere, los objetivos del Plan de acción de Viena del 3 de diciembre de 1998 y el Consejo europeo de Sevilla en materia de inmigración, reiterados en el Programa europeo de Asilo e inmigración del 2008 y en el Programa de Estocolmo. Otra pretensión aducida, era establecer una serie de criterios comunes en todos los Estados miembros, con vistas a una armonización europea de la materia²⁵, siendo la Directiva el instrumento de armonización elegido. La importancia de esta última se debía, principalmente a que la mayor parte de los países europeos habían operado autónomamente definiendo sus propias orientaciones legislativas en materia de reagrupación familiar, según opciones muy diversas. De un lado, ópticas más garantistas, propias según Fernández Sánchez de países más generosos y de otro, pautas más severas con mayores posibilidades de selección y de graduación de las solicitudes de reagrupación²⁶. Dichas posturas si bien, no objetaban el derecho al respeto a la vida en familia de los extranjeros no comunitarios si pretendían proyectar sus prácticas nacionales y modelos de gestión de la entrada de familiares inmigrantes.

Sin embargo, el cumplimiento de tales objetivos, una vez superado el iter legislativo ha quedado en parte condicionado. De hecho, el resultado final ha sufrido dos síntomas. Por una parte, se ha impregnado de una excesiva prudencia ante el temor a la apertura de otras vías de entrada a nuevos inmigrantes. Y, a su vez, se ha contagiado de una latente preocupación de controlar en exceso la correspondencia entre los ingresos y la efectiva integración socioeconómica del país de acogida²⁷.

²⁵ Vid. considerandos 17 y 18 de la Directiva 2003/86, en los que se apunta que no participan en la adopción de la Directiva ni están obligados ni sujetos por su aplicación el Reino Unido, Irlanda ni Dinamarca.

²⁶ Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.(2001): «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros», *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1, p. 475- 394, vid. pp. 383-387.

²⁷ Un ejemplo de ello es la exigencia del criterio de integración, cuando el hijo menor tenga más de doce años y llegue de forma independiente, antes de autorizar su entrada y su residencia, artículo 4.1 Directiva.

En este sentido, vid. fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, Parlamento europeo-Consejo,

Al margen de tales motivaciones iniciales fijadas en el propio texto de la Directiva, también, implícitamente, se traslucen otras pretensiones encubiertas muy vinculadas con su incidencia interesada en el ámbito interno. La pretendida armonización de su regulación, evidencia la voluntad de los Estados miembros de consensuar la máxima restricción del número de familiares reagrupables y legitimar la máxima discrecionalidad de los Estados en la concreción de esta figura. De hecho, aún siendo un avance normativo, en clave de mínimo común denominador de la política comunitaria de extranjería y en concreto de protección de los derechos de los nacionales de terceros países²⁸. Su dimensión de derecho de mínima y no de máxima, niega toda satisfactoriedad no sólo desde una perspectiva doctrinal²⁹. Citando una de sus opiniones, en concreto la de Schaffrin, quizás la pretensión más deseable hubiera sido eliminar la distinción entre ambas variantes del derecho a la libre circulación, con el fin de que su carácter instrumentalizador facilitara la integración de los nacionales de terceros Estados y sus familiares en la sociedad de acogida³⁰.

Comisión y República Federal de Alemania, (C-540/03). Vid. ÁLVAREZ, A. (2003): «Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar». *Revista digital de Derecho de extranjería* <http://www.reicaz.es>, pp. 1-30, en concreto pp. 12-13.

²⁸ Según QUIRÓS FONTS, A. (2003): «Derecho Comunitario de extranjería. Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español,» *Anales de Derecho*, n.º 21, p. 383-415, esp. p. 415.

²⁹ Vid. CORTES MARTIN, J.M. (2005): «Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne: un droit à géométrie variable?», *Revue du droit de l'Union européenne*, n.º 4, pp. 721-759, en concreto p. 746 «l'intention de faire reconnaître le regroupement familial s'est transformée en l'élaboration d'une simple définition communautaire minimaliste. Cette dernière établit les conditions auxquelles ce droit peut s'appliquer, en se fondant sur le dénominateur commun minimal des politiques des États membres appliqués jusqu'ici dans ce domaine. (...) En particulier, elle ne réussit pas à atteindre les objectifs convoités de clarté, surtout, d'humanité en matière d'immigration». Vid. SIRIANNI, G. (2006): *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Familia Quaderni diretti da Salvatore Patti, n.º 6, Milano, esp. pp. 37-38 «non solo non pelude ad un rafforzamento delle garanzie del diritto al ricongiungimento familiare, ma non costituisce neanche una protezione rispetto alla eventualità di arretramenti delle normative nazionali (...) destinato dopo l'approvazione di una specifica direttiva in materia, a rimanere sostanzialmente e a lungo nell'alveo della garanzia statale, senza assumere una dimensione comunitaria».

³⁰ Vid. SCHAFFRIN, D. (2005): *Which standard for family reunification of third country nationals in the European union?*, op. cit. 6, p. 142.

A la postre, primaba la necesidad de incorporar las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se habían transpuesto plenamente al derecho interno³¹. En particular, la Directiva 2003/86 ha agotado conscientemente el plazo previsto, porque su contenido no planteaba una alteración de forma significativa y negativa de la legislación de extranjería, esto es ampliaba sujetos o flexibilizaba requisitos en el ejercicio de la reagrupación familiar. Es más, los Estados miembros y la máxima discrecionalidad reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, era una garantía de que la transposición de dicha Directiva, no marcaría un inesperado giro en las políticas nacionales de inmigración que ya se estaban siguiendo por los Estados miembros de mayor trayectoria migratoria. Por ello, el resultado final ha sido más bien una directiva de consenso; es decir, aparentemente inocua para los Estados miembros, que dista mucho de una directiva rigurosa para la promoción de un derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros extracomunitarios.

Ahora bien, tras estas consideraciones generales, el antídoto de la Directiva, como catalizador de criterios de armonización legislativa, si ha inspirado mejoras en las legislaciones nacionales receptoras de sus directrices. En cuanto al ámbito español, la incidencia de la Directiva, ha reportado cambios significativos incluidos en la reforma de la Ley orgánica 2/2009, en aquellos preceptos que han tenido en consideración «en una segunda vuelta» las exigencias previstas en la normativa comunitaria³². Su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico ha entrañado tanto eventuales mejoras como consecuencias negativas: la inclusión de las parejas de hecho como familiar reagrupable y afortunadamente la no exigencia de criterios de inte-

³¹ La Ley orgánica 14/2003 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, formalmente no preveía en la exposición de motivos la transposición de la Directiva 2003/86, la última reforma la Ley orgánica 2/2009, de igual modo no prevé a diferencia de otras directivas europeas su transposición formal pero ha hecho operativa las posibilidades brindadas por la libre discrecionalidad de los Estados miembros en materia de reagrupación familiar, bajo la justificación de estar «en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno».

³² ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. (2006): *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Fundación CIDOB, n.º 8, Barcelona, pp. 1-122, esp. pp. 46-52.

gración por el momento. Aunque las mismas han sido acompañadas de medidas más restrictivas que han aprovechado el margen de apreciación de los Estados miembros, respeto a materializar familias más alargadas, limitando o retardando temporalmente las reagrupaciones de los ascendientes³³.

Dicho esto, en conclusión, la Directiva aún siendo un avance importante en la materia, sobre todo por sus motivaciones iniciales, es una fase embrionaria hacia la armonización legislativa. De ello, ha quedado constancia en el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 8 de octubre de 2008, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar*. Por ello, quizás como bien apunta Vargas Gómez Urrutia el método de armonización seguido lejos de lograr una aproximación ha ahondado la brecha entre las dos esferas comunitarias de libre circulación de personas e incluso ha ideado como ha ocurrido en el caso español fórmulas menos permisivas de las anteriormente admitidas por el legislador de extranjería³⁴.

CONSIDERACIONES FINALES

La Directiva 2003/86/CE intenta orientar una dirección común en materia de reagrupación familiar, especialmente en un momento en que la mayoría de los Estados Miembros habían ya optado por una neta calificación del derecho en cuestión. Por tanto, era de preveer que no sólo la normativa de extranjería nacional pero también el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro se viera redimensionado interesadamente por la Directiva comunitaria. Quizá, haya sido más sorprendente el grado alcanzado en la normativa de extranjería española, quién ha mantenido la reagrupación familiar en la dimensión de un derecho de configuración legal, planteándose a la postre

³³ Siguiendo lo dispuesto por el considerando 10 de la Directiva, en virtud del ámbito de la discrecionalidad conferido con respecto a los siguientes familiares: hijos mayores, parejas de hecho registradas y ascendientes en línea directa, los Estados miembros pueden aplicar la Directiva o no.

³⁴ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2004): «La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho Comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el derecho comunitario» en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, pp. 819-843, en concreto p. 826.

un problema de otra índole. Esto es, mantenerse proclive a alargar garantías reconocidas y ampliar o reducir el círculo familiar, pero reticente a un derecho a la entrada y residencia que algunos países niegan poder subsistir en aras de la soberanía estatal. Una naturaleza que ha sido creada por una tensión entre la exigencia de garantizar una adecuada tutela de la familia, por un lado y las prerrogativas de los Estados miembros dirigidas a controlar el flujo migratorio dentro de los propios confines, por otro. Especialmente, para vigilar que el legítimo ejercicio del derecho a la reagrupación familiar no se transforme en un instrumento para cambiar los límites impuestos por las normativas nacionales internas en materia de extranjería.

Si bien, el legislador comunitario, atendiendo a las limitaciones del proceso de codecisión en el espacio de seguridad, justicia y libertad, ha optado por una mayor preeminencia de directivas comunitarias en detrimento de la menor elasticidad de los reglamentos comunitarios para regular la gestión nacional de la inmigración. La incidencia del derecho derivado es evidente en un ámbito concreto del sistema normativo interno de los Estados miembros, que exige una actividad normativa por parte de los Estados miembros con el objetivo de reducir posibles tensiones normativas a la hora de armonizar los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Máxime, si el derecho comunitario puede haber sustituido íntegramente o replanteado sustancialmente la normativa interna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ, A. (2003): «Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar». *Revista digital de Derecho de extranjería* <http://www.reicaz.es>, pp. 1-30.
- (2006): *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Fundación CIDOB, n.º 8, Barcelona, pp. 1-122.
- (2009): «Propuestas para una política migratoria eficaz ¿implican una reformulación de la normativa interna española?» Blanco, C., BarbeRo, I.: *Pautas de asentamiento de la población inmigrante: implicaciones y retos socio-jurídicos*, Dykinson S.L., Instituto internacional de sociología jurídica, Dykinson, Madrid, pp. 405-445.
- CHOLEWINSKI, R. (2002): «Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right?» *European Journal of*

- Migration and Law*, 4, pp. 271-290, en concreto p. 272. Vid. también, SCHAFFRIN, D. (2005): «Which Standard for family reunification of third-country nationals in the European Union», in CARLIER, J.Y.: *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Bruylant, Bruxelles, pp. 90-143.
- CORTES MARTIN, J.M. (2005): «Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne: un droit à géométrie variable?», *Revue du droit de l'Union européenne*, n.º 4, pp. 721-759.
- DE BRUYCKER, P. (2005): «Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile», en JULIEN-LAFERRIERE, F.; LABAYLE, H.: *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, pp. 45-75.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (2001): «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros», *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1, pp. 475- 394.
- GÓMEZ CAMPELO, E. (2000): «El derecho a la reagrupación familiar según la Directiva 2003/86/CE», *Actualidad Administrativa*, Madrid, 2000, pp. 1551-1560.
- HAILBRONNER, K. (1998): «European immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty», *Common market Law review*, 35, 1998, pp. 1047-1067.
- PEERS, S.; ROGERS, N. (2006): *EU immigration and asylum Law. Text and commentary*, Koninklijke Brill N.V., Netherlands, 2006, pp. 573-613.
- QUIRÓS FONTS, A. (2003): «Derecho Comunitario de extranjería. Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español», *Anales de Derecho*, n.º 21, pp. 383-415.
- SCHIBEL, Y. (2005): «Transposing EU Law on Legal Migration», *European Journal of Migration and Law*, 6, pp. 395-404.
- Sirianni, G. (2006): *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Familia Quaderni diretti da Salvatore Patti, n.º 6, Milano.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2004): «La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho Comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el derecho comunitario» en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, pp. 819-843.
- (2007): «De Estrasburgo a Luxemburgo: lugares comunes, encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J. M. (eds.), *Migraciones y Desarrollo* (II Jornadas Iberoamericanas de Estudios internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006), Marcial Pons, Madrid, pp. 581-599.

LA *LEX MERCATORIA*: UNA EXCEPCIÓN A LA LEGITIMIDAD DEL ORDEN JURÍDICO-POLÍTICO MODERNO*

FRANCISCO LÓPEZ RUIZ
Universidad de Alicante

SUMARIO:—Introducción.—1. La aproximación sociológica.—2. Las concepciones de *lex mercatoria*.—3. Teoría del Derecho y nueva *lex mercatoria*. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La *lex mercatoria* es el nombre usado para identificar a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económico-privadas internacionales, especialmente, de los contratos internacionales y productos financieros a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales.

En ese sentido, por nueva *lex mercatoria* hoy se entiende un derecho creado por las grandes empresas transnacionales, las *law firms* y ciertas agencias privadas internacionales sin la mediación expresa del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales y financieras que se establecen dentro de la unidad económica que constituye el mercado global. Se incluyen hoy dentro del ámbito de la *lex mercatoria* no sólo las clásicas

* Una versión ampliada de este trabajo ha sido editada en otro artículo publicado en los *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (CEFD), N.º 20, 2010, pp. 67-91, bajo el título: El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*.

cas materias del derecho del comercio internacional sino también una parte nada desdeñable de las operaciones realizadas en los mercados financieros internacionales, oficiales y no oficiales.

1. LA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

Después de la Segunda Guerra Mundial, pero fundamentalmente en las décadas de los sesenta y setenta, los usos comerciales van a adquirir una importancia mucho mayor debido, fundamentalmente, al enorme desarrollo del comercio internacional, al creciente aumento de las inversiones extranjeras y al aumento de los préstamos internacionales en divisas. Estos factores económicos conducen a la utilización de nuevas formas jurídicas que provocan de alguna manera los siguientes fenómenos: a) el renacimiento de los usos del comercio internacional, contribuyendo a la configuración de *códigos privados* independientes de los derechos nacionales; b) la práctica comercial internacional consistente en regular las partes por sí mismas —*autonomía conflictual* y *autonomía material*— y sus relaciones contractuales estableciendo para los mismos tipos de contratos cláusulas semejantes o muy similares, determinará la institucionalización de los *contratos-tipo* autonormativos.

Los mercados financieros internacionales no son ajenos a este proceso; desde la década de los ochenta, la ingeniería financiera pone en el mercado, a velocidades vertiginosas, nuevos productos financieros de difícil encaje en el derecho mercantil tradicional. Se trata de productos diseñados *ad hoc* para operar en diferentes mercados financieros, simultáneamente, con distintas divisas, y, cuyos gestores, son sociedades de inversión, constituidas en un país y cuya sede se encuentra en otro¹.

¹ Fondos de inversión, los *hedge funds* o los fondos de capital-riesgo. Los fondos de inversión especulativos y otros fondos de capital-riesgo son fondos de inversión organizados privadamente, gestionados por profesionales y, a diferencia de las acciones o los fondos de inversión, normalmente, no están disponibles para el público en general. Como este tipo de inversiones no suelen estar reguladas o tienen una regulación muy laxa, ni es obligatorio desvelar públicamente sus finanzas, se ha intentado incrementar la regulación nacional y supranacional aunque con escaso éxito. Las autoridades federales norteamericanas normalmente prohíben inversiones realizadas por individuos con un patrimonio neto inferior al millón de dólares. Cfr, LÓPEZ LUBIAN, F. J. y HURTADO COLL, R., *Inversiones alternativas:*

En este orden de cosas, la *lex mercatoria* supone la existencia de un espacio transnacional en el que ubicar las operaciones antes citadas. Tal ámbito, como resulta evidente, no se puede circunscribir a un territorio delimitado por las fronteras estatales. El espacio transnacional es el espacio globalizado exento de límites fronterizos configurado por ese *soberano privado supraestatal difuso* al que se refiere Capella². Sin embargo, como es obvio, el espacio transnacional presupone la necesaria existencia del espacio nacional que es trascendido o desbordado por el primero. Análogamente a lo que sucede con el espacio transnacional ocurre con la «población transnacional». En este último caso, el paisaje está poblado de personas jurídicas, esto es, de empresas transnacionales. Tal población, designada con el nombre de *societas mercatorum* o *business community*, no pudiendo prescindir de los Estados, reclama si no, la autodeterminación, sí la autonomía normativa que se expresa a través de un *Derecho transnacional* cuyo exponente más relevante es la *lex mercatoria* con sus correspondientes órganos de adjudicación que son los tribunales arbitrales.

otras formas de gestionar la rentabilidad, Wolters Kluwer España, Madrid, 2008. CONDE AMO, I. CONDE LÓPEZ, A., *Mercados Financieros*, Colex, Madrid, 2003, vol. II, pp. 159 ss.

En los últimos cuarenta años han aparecido en los mercados financieros nuevos contratos, en la mayoría de los casos, se trata de contratos cuya naturaleza, estructura y perfección están aún por determinar.

Téngase en cuenta que el mercado financiero más importante, el de divisas o *Forex* opera 24 horas los 365 días del año. Junto al mercado de divisas existen otros mercados exclusivos de inversores institucionales, *los euromercados*. Los euromercados son mercados crediticios que operan en países distintos a aquellos a los que pertenece la moneda en cuya divisa realizan sus transacciones, es decir, la intermediación se efectúa en moneda distinta de la del país en que radica el intermediario; por ejemplo, un depósito en dólares en un banco de Luxemburgo es un depósito en eurodólares. Igualmente son parte de los euromercados el mercado de eurobonos y el de euroacciones. Los euromercados posibilitan la elusión de las regulaciones de los gobiernos de los países implicados, puesto que se localiza el mercado de una moneda concreta fuera del país al que la moneda pertenece. Por ello, el euromercado es el ejemplo paradigmático de mercado *off shore* no sometido a autoridad estatal o internacional alguna. Se trata por tanto de un espacio financiero transnacional de creación auténticamente privada que se regirá por normas prudenciales de origen profesional, integrado por usos y costumbres generados por la práctica uniforme y consolidada de los mercados financieros internacionales. Se puede considerar como una estructura comercial privada que, por ejemplo, fija sus tipos de interés con independencia de cualquier autoridad monetaria doméstica o internacional. PEDROSA, M., *Los mercados financieros internacionales y su globalización*, Thomson, Madrid, 2002.

² CAPELLA, J. R., *Fruta Prohibida*, Trotta, Barcelona, 1997.

Si el Estado-nación no se puede entender sin sus elementos constitutivos: territorio, población y poder, tampoco se puede comprender la sociedad global al margen de estos elementos: a) el espacio transnacional sin fronteras; b) su población: las empresas transnacionales; c) su poder policéntrico. Estas estructuras difusas de espacios, poblaciones y poderes constituyen el *perpetuum mobile* que es la globalización capaz de producir, fieles al aforismo *ubi societas ibi ius*, nuevos modelos jurídicos más flexibles e imprecisos pero más eficientes desde el punto de vista económico como lo es el derecho transnacional del que la *lex mercatoria* es una manifestación.

Quizá, el punto donde comience el disenso, está en el polémico origen no estatal ni internacional de sus reglas, es decir, en que la *lex mercatoria* cuya fuente es privada, sea o no, un conjunto de reglas no vinculadas, en principio, a ninguna soberanía estatal. Este dato, unido a la relevancia económica de las materias que está llamada a regular, el comercio y las finanzas internacionales, hacen que la *lex mercatoria* sea uno de los exponentes más significativos de cómo la globalización económica tiene una inmediata traducción jurídica. A partir de aquí encontramos una abundante y prolija discusión sobre su contenido, funciones y estructura.

Como indica Fernández Rozas: «El desenvolvimiento de esta nueva *lex mercatoria* de proyección universal constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el Derecho privado de la Economía, como vía de superar las insuficiencias del “método clínico” de los conflictos de leyes y de los modestos resultados alcanzados por el “método preventivo” de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje» [...]. Por eso, esta nueva *lex mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector»³.

³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

Desde una perspectiva sociológica, la nueva *lex mercatoria* ha ido surgiendo de las prácticas reiteradas de las corporaciones transnacionales con la cooperación imprescindible y necesaria de las grandes *law firms*⁴ y de los más variados sectores de la actividad económica pertenecientes a distintos Estados que divergen en sus sistemas legales e incluso en cuanto a su sistema económico (p. e. China)⁵. Se trata de la *societas mercatorum* o *business community* no sólo independiente, en buena medida de los Estados, sino también capaz de condicionarlos. No puede soslayarse, por tanto, la capacidad ni la necesidad de los agentes económicos operantes en el tráfico mercantil internacional en la creación progresiva de un marco jurídico-institucional propio que dé respuestas a sus necesidades ofreciendo soluciones jurídicas coherentes y adecuadas al comercio internacional.

Al jurista «no se le pide sólo que interprete la ley, se le pide como en la época preindustrial, que utilice la técnica jurídica para satisfacer las necesidades cambiantes del mercado produciendo nuevos bienes o nuevas operaciones económicas»⁶. Se crea, de esta manera, una red de vínculos entre las corporaciones transnacionales, las grandes *law firms*⁷ internacionales e instituciones privadas internacionales que constituyen los cimientos de la nueva *lex mercatoria*. Los usos comerciales, los contratos tipo, las condiciones generales de los contratos internacionales, los principios generales del comercio internacional elaborados por las asociaciones profesionales y organismos internacionales, constituyen las típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma. Uno de los ejemplos más repre-

⁴ DEZALAY, Y., *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*. Fayard, París, 1992.

⁵ «La *lex mercatoria* actúa dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados. Su función es superar la discontinuidad jurídica por éstos provocada. Dentro de esta nueva *lex Mercatoria* se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones y como fenómeno todavía más significativo, también las diferencias entre el *civil law* y el *common law*». GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005 [Traducción española Roitman, H y De la Colina, M.^a, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005].

⁶ GALGANO, F., cit., nota 5.

⁷ «Las grandes *law firms* se organizan como empresas guiadas por el principio económico de competencia en el mercado jurídico». FERRARESE, M.^a R., «La *lex Mercatoria* tra storia e attualità: Da diritto dei mercanti a *lex per tutti*?. *Sociología del Diritto*. 2/3. 2005, p. 169.

sentativos y relevantes de estas instituciones creadoras de reglas jurídicas es la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con más de 7000 miembros de 130 países, donde conviven empresas y juristas altamente cualificados en las diversas ramas del comercio internacional. Como señala Fernández Rozas, «la CCI es un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que éstos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC [...] para incrementar la influencia de la comunidad empresarial en la toma de decisiones de las Naciones Unidas y en otros organismos internacionales»⁸.

2. LAS CONCEPCIONES DE LA NUEVA *LEX MERCATORIA*

Existe un profundo debate que enfrenta a los múltiples autores que se han ocupado y se ocupan de la *lex mercatoria*, principalmente internacionalprivatistas. En lo que sigue trataré de esbozar, en líneas gruesas, un mapa extremadamente simple de las concepciones en presencia.

B. Goldman, uno de sus más fervorosos defensores y cuya concepción de la *lex mercatoria* fue elaborada progresivamente, se refiere a ella como un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias, espontáneamente elaboradas, sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional; reglas provenientes de diversas fuentes que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional⁹. Goldman, colocará en el elenco de fuentes de la *lex mercatoria* en primer lugar, a los usos y reglas consuetudinarias, las cláusulas contractuales generales y los contratos tipo. En una posición secundaria aparecen la jurisprudencia arbitral y los principios generales entendidos como fuente subsidiaria cuya función es integrar las lagunas dejadas por las anteriores fuentes. Posteriormente modificará este esquema de fuentes, de manera que, los *principios generales*

⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., cit., nota 3.

⁹ GOLDMAN, B: «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives », *Journal de Droit International*, Clunet, vol. 106, 1979, p. 487. En contra de este planteamiento LAGARDE. P.: «Approche critique de la *lex mercatoria* : Le Droit des relations économiques internationales». *Études offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, p. 137.

del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales y los principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales más la *jurisprudencia arbitral* serán las fuentes prioritarias de la *lex mercatoria*. Será el *arbitraje* comercial internacional el que concrete los *principios generales del derecho del comercio internacional* y los *principios comunes* a los sistemas nacionales en presencia. Los tribunales arbitrales cumplirían una doble función: a) dirimir los litigios derivados de las relaciones contractuales inherentes al comercio internacional atendiendo a las reglas y principios del derecho transnacional en el que se incluye la *lex mercatoria*; b) contribuir a la manifestación y desarrollo de tales reglas y principios a través de sus decisiones, que se convierten así, en fuentes de la *lex mercatoria*.

La idea de una *lex mercatoria* como un orden jurídico se fundará en la existencia, *de facto*, de una *societas mercatorum* de carácter internacional capaz de producir su propio derecho regulador de las transacciones internacionales. Si cada institución produce derecho, inversamente, sería derecho el conjunto de reglas que rigen una sociedad existente *de facto*. En consecuencia, la existencia de una *societas mercatorum* conduce a aceptar la juridicidad de las reglas de la *lex mercatoria* cuyo fundamento último no es otro que el *principio de efectividad*¹⁰.

Sin embargo, Goldman se verá obligado a matizar su concepto de orden jurídico admitiendo que si bien la *lex mercatoria* no es un ordenamiento jurídico sí cumple la *función* de un orden jurídico¹¹. Existen órdenes jurídicos en proceso de formación, que en ciertas fases de su desarrollo, son incompletos pero que *funcionalmente* son ordenamientos jurídicos, de manera que la *lex mercatoria* puede regular, en tanto que es derecho aplicable, relaciones jurídicas contractuales surgidas en el ámbito del comercio internacional¹².

Para C. Schmitthoff se trata de principios comunes de las leyes relacionados con los negocios comerciales internacionales, o reglas

¹⁰ GOLDMAN, B., cit., nota 9, p. 499. Véase también, GOLDMAN, B.: «Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*», en *Études de droit international en l'honneur de P.Lalive*, Bâle, 1993, p. 247.

¹¹ GOLDMAN, B., «Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire *Norsolor*». *Revue de l'arbitrage*, 1983, n.º 4, p. 407.

¹² PAMBOUKIS, CH., «La *lex mercatoria* reconsidéré. Le Droit international privé: esprit et méthodes». *Melanges Paul Lagarde*, Dalloz, París, 2005, p. 639.

uniformes aceptadas por todos los países. Su concepción de la *lex mercatoria* le hace concebir ésta como una especie de derecho material, especial y autónomo, del comercio internacional, dotado de un amplio grado de uniformidad internacional lo que le permitiría obviar las reglas de conflictos estatales que constituyen un obstáculo para el comercio internacional. La *lex mercatoria* será creada deliberadamente bien por convenciones internacionales, como las leyes modelo, bien por reglas creadas por organizaciones privadas internacionales como la CCI. Ahora bien, a diferencia de Goldman, Schitthoff entiende que este derecho transnacional se funda en el reconocimiento directo o indirecto de los Estados pero destacando su especificidad dentro de los ordenamientos nacionales. Éstos no pueden oponerse a que en el ámbito de la libertad contractual las partes usen y apliquen un Derecho autónomo del comercio internacional mientras éste respete los límites del orden público estatal.

Filali, es otro de los autores que ha mantenido una posición más favorable a la comprensión de la *lex mercatoria* como un orden jurídico autónomo. En efecto, partiendo de la concepción del ordenamiento jurídico de Santi Romano, sostendrá que la existencia de una comunidad institucionalizada, como es la *societas mercatorum*, se expresará y exteriorizará a través de la *lex mercatoria* entendida como Derecho originario, es decir, cuyo fundamento de validez no se encuentra ni en el Derecho estatal ni en el Derecho internacional, constituyendo un sistema independiente de ambos¹³. «La institución “mercatoria” a pesar de la diversidad de sus componentes tales como las asociaciones profesionales, los centros de arbitraje, o los empresarios, forma un ser único, un cuerpo social dotado de coherencia, permanencia y estabilidad» del que la *lex mercatoria* constituye su exteriorización.

Calvo Caravaca y Carrascosa González¹⁴, distinguen entre una acepción tradicional o moderada de la nueva *lex mercatoria* y

¹³ FILALI, O., *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. LGDJ, París, 1992. «En la medida en que la regla *anacional* es una manifestación posterior del orden jurídico *anacional* su realidad es un indicio de la existencia anterior de la *institución*: la *societas mercatorum*».

¹⁴ CALVO CARAVACA, L. A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Los contratos internacionales y el mito de la nueva *lex mercatoria*». *Estudios sobre Contratación Internacional*. Colex, Madrid, 2006, pp. 62-63.

una acepción avanzada de la misma. En el primer supuesto, la *lex mercatoria* se concibe como un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, etc., que regulan algunos aspectos de la contratación internacional. La nueva *lex mercatoria* no es un orden jurídico independiente de los ordenamientos nacionales, pues, debe su existencia precisamente a ellos. Los Derechos nacionales no se opondrían a que los contratantes incorporen a sus contratos reglas más flexibles creadas por los mismos comerciantes. En el segundo supuesto, la *lex mercatoria* es un conjunto de prácticas creadas por los comerciantes internacionales siendo un verdadero orden jurídico que compite con los Derechos nacionales, pudiendo regular un contrato internacional de modo autónomo sin el concurso del Derecho estatal.

Es C. Scmitthoff quién anunció el nacimiento de la nueva *lex mercatoria* en 1957, con vistas a las Conferencias que tendrían lugar entre 1958 y 1964 organizadas por la *International Association of Legal Science*¹⁵, de cuyas fuentes formales sólo puedo dar aquí una breve y superficial referencia, son las siguientes:

1) Formularios estandarizados y contratos tipo¹⁶. Constituyen verdaderas condiciones generales de la contratación y pueden ser parte del contrato o constituir la práctica totalidad del mismo. Este es un instrumento básico para la unificación *de facto* de la *lex mercatoria*, «lo normal es que la armonización contractual se produzca a través de contratos elaborados por asociaciones de operadores internacionales en determinadas ramas o productos» (materias primas, productos agrícolas, etc.)¹⁷. Tales contratos no suelen ser neutrales, y suelen favorecer, sin ningún pudor, a los miembros de la asociación que los ha elaborado cuando se trata de explotar recursos naturales

¹⁵ Citado por MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*. Comares, Granada, 2004.

¹⁶ «El contrato es un elemento constitutivo principal de la *lex mercatoria*»[...] «la centralidad del contrato se explica, no sólo porque tiene una instrumentalización plenamente coherente con las características del mercado, sino también con las exigencias jurídicas de la globalización dada su característica apoliticidad. FERRARESE, M.^a R., cit., nota 5. En parecido sentido se pronuncian LOQUIN, E. y RAVILLON, L.: « La creation d'un espace juridique mondial. La volonté des operateurs vecteur d'un droit mondialise », *La Mondialisation du Droit*. E. Loquin y C. Kessedjian (dirs), Dijon, Litec,-CREDIMI, 2000, pp. 91 ss.

¹⁷ MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., cit., nota 15.

en países en vías de desarrollo. Para las empresas transnacionales, la uniformidad internacional de los contratos constituye una prioridad ya que reduce los costes de transacción. La jurisprudencia juega aquí un papel esencial en la medida en que va a ser difícil que considere inválido, conforme a su Derecho interno, un modelo de contrato que ha sido reconocido como válido en un gran número de países¹⁸. Aquí, se le exige al juez que utilice la racionalidad jurídica junto con racionalidad económica¹⁹.

2) La costumbre y los usos del comercio internacional. Supone un hábito reiterado más la *opinio iuris* de los miembros de la *societas mercatorum*, se convierten en exigibles cuando se generaliza su aceptación. Indicaba J. Garrigues: «Cuando la ley civil no se adapta a las exigencias del tráfico mercantil, los comerciantes no esperan pasivamente la ordenanza legal adecuada, sino que se separan de la ley mediante usos *extra legem* que son más adecuados a las exigencias del comercio», para el mercantilista español «el derecho mercantil no nace legislativamente sino por la fuerza del uso»²⁰. No obstante su mayor inseguridad y sus dificultades de prueba se han reducido merced a la recopilación por parte de las agencias internacionales que tratan de superar su diversidad buscando el sustrato común²¹.

3) Los contratos autonormativos que bajo el amparo de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual reconocida en todos los ordenamientos jurídicos, «pretenden que la transacción internacional regulada por el contrato quede fuera del influjo de todo ordenamiento nacional»²².

4) Los contratos atípicos. Sus creadores no son los legisladores nacionales sino las *law firms* o los consultores de las más diversas asociaciones internacionales de las distintas actividades empresaria-

¹⁸ MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., cit., nota 15.

¹⁹ PAZ ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado». *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, vol. III, pp. 2843-2900.

²⁰ GARRIGUES, J., *Temas de derecho vivo*, Civitas, Madrid, 1978.

²¹ Kassis es uno de los autores que han negado la sustantividad de la *lex mercatoria*, ha realizado un minucioso estudio sobre la costumbre y los usos del comercio internacional. KASSIS, A., *Théorie générale des usages de commerce*, LGDJ, París, 1984.

²² MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., cit., nota 15.

les. «En la escena actual del derecho, nada es más uniforme internacionalmente que el contrato atípico»²³.

5) Los principios generales. Es, quizá, la fuente más mencionada y también donde reina más confusión entre los estudiosos de la *lex mercatoria*. En unos casos, son considerados como procedimiento de heterointegración con lo cual se está presuponiendo la unidad sistemática de la *lex mercatoria*; en otros, se identifican los principios con una serie de reglas codificadas por organismos semipúblicos, como es el caso de los *Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*²⁴. En el preámbulo, párrafo tercero de éstos se dice: «Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes». Igualmente, la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* incluye una referencia, sin denominarla así expresamente, a la *lex mercatoria* en sus artículos 3, 9 y 10. Los principios de UNIDROIT han servido en cierto modo para paliar las críticas al carácter fragmentario, heterogéneo e incompleto de la *lex mercatoria* puesto que se presenta como alternativa material a los Derechos nacionales y al Derecho internacional privado y, de esta forma se pueden aplicar a cualquier contrato internacional al margen de los Estados. Por tanto, los Principios de UNIDROIT pueden funcionar como auténtica *lex contractus* a través de un pacto de *lege utenda* e incluso ser aplicados en defecto de pacto²⁵.

6) La jurisprudencia arbitral²⁶. Es, sin duda, la principal vía de desarrollo de la *lex mercatoria*. Un gran número de empresas y cor-

²³ GALGANO, F.: cit., nota 5.

²⁴ Unos comentarios a los mismos han sido publicados por la editorial Aranzadi. Cfr. VV.AA. *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Aranzadi, Pamplona, 2.ª ed., 2003.

²⁵ CASTELLANOS RUIZ, E., «Autonomía conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones». *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*. Calvo Caravaca, A.L. y Areal Ludeña (dirs). Madrid, 2005, Colex, pp. 459 ss.

²⁶ El arbitraje tiene un elemento contractual, pues no existe arbitraje sin acuerdo escrito de las partes, así como una serie de requisitos procesales establecidos en la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. En nuestro ordenamiento interno cobra especial relevancia el artículo 34.2 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje, que contempla el arbitraje internacional: «Cuando

poraciones transnacionales que operan en el comercio internacional, exceptuando, quizá, a las grandes entidades financieras internacionales²⁷, suelen acudir al arbitraje como medio de solventar las controversias derivadas de un contrato internacional, en el que suelen incluir una cláusula de elección del Derecho aplicable. En el análisis de la jurisprudencia arbitral se han producido innumerables discusiones a propósito de la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a los contratos internacionales²⁸. Así se distingue entre una aplicación *autónoma* de la *lex mercatoria* porque las partes así lo han establecido por diversas formas y, una aplicación *heterónoma* cuando el árbitro entiende que procede su aplicación al margen de la voluntad de las partes²⁹.

3. TEORÍA DEL DERECHO Y NUEVA LEX MERCATORIA

De lo expuesto en las anteriores líneas, fácilmente, se puede concluir que en torno a *lex mercatoria* se abren a la reflexión un amplio abanico de problemas: la juridicidad de la *lex mercatoria*, su autonomía respecto a los derechos estatal e internacional y, en consecuencia, cuál es su sistema de fuentes, etc. Estas cuestiones, y otras, no se

el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes». [...] «*Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas*».

²⁷ MORÁN GARCÍA, M. E.: *Derecho de los mercados financieros internacionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

²⁸ La tesis más generalizada, ha sido presa fácil del *monismo jurídico*, que todo contrato se halla conectado con una ley estatal y, en consecuencia, es de aplicación la ley estatal elegida por las partes. Sin embargo en la jurisprudencia francesa (caso *Valenciana de Cementos*), por sentencia de la *Corte de Apelación de París de 13 de julio de 1989*, ratificada en Casación en 1991, ha admitido que en los casos en que las partes no designan Derecho aplicable a su relación contractual y los árbitros apliquen la *lex mercatoria*, el juez nacional no tiene competencia para revisar la aplicación que los árbitros hacen cuando deciden aplicar la *lex mercatoria*. Los casos *Fougerolle* y *Norsolor*, constituyen antecedentes de esta jurisprudencia. Igualmente en Italia, como señala Galgano la Corte de Casación se ha hecho eco de esta doctrina. GALGANO, F., cit., nota 5.

²⁹ PAMBOUKIS, CH.: cit., nota 12.

pueden responder desde la propia *lex mercatoria* ni desde el derecho internacional privado ni desde el derecho mercantil, pues desbordan ambas categorías jurídicas, de manera que, cuando el mercantilista o el internacionalprivatista se plantean tales problemas no están haciendo derecho internacional o derecho mercantil, sino que están reflexionando sobre el propio Derecho, o dicho con mayor precisión, están trabajando sobre la propia *idea* de Derecho. Por cuanto lo que en el fondo se debate a propósito de la *lex mercatoria* no es otra cosa que la propia *idea* de derecho o si se prefiere la de los límites de la juridicidad.

Esto supuesto, procederé a continuación a examinar, con la brevedad impuesta por los límites de este trabajo, la problemática de la *lex mercatoria* desde diferentes concepciones del Derecho.

I. El positivismo kelseniano. Resulta evidente, a poco que se conozcan los fundamentos de la *Teoría pura del Derecho*, que sus planteamientos respecto de la identidad entre el Estado y el Derecho llevan inexorablemente a la identificación de la norma jurídica con la norma jurídica estatal. «El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca. El término “comunidad” sólo designa el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un orden normativo» [...] «Como no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes, el “Estado” y su orden legal, tenemos que admitir que la comunidad a la que damos ese nombre, es “su” orden legal. El derecho francés puede ser distinguido del suizo o del mexicano sin recurrir a la hipótesis de que hay un Estado francés, un Estado suizo y otro mexicano como realidades independientes entre sí» A esto añádase la doctrina del monismo jurídico a propósito de las relaciones entre Derecho interno y Derecho internacional: «Si el orden jurídico nacional es considerado sin referencia al derecho internacional, entonces su última razón de validez es la norma hipotética que cualifica a los “padres de la constitución” como autoridad creadora del derecho. Pero si tomamos en cuenta el derecho internacional, encontraremos que esta norma hipotética puede derivarse de una norma positiva de tal orden jurídico: el principio de efectividad» [...] «Es en este último sentido en el que el derecho internacional constituye la base del orden jurídico nacional. Al estipular que un individuo o un grupo de indi-

viduos capaces de obtener una obediencia permanente en relación con el orden coercitivo establecido por ellos, tienen que ser considerados como autoridad jurídica y legítima, el derecho internacional hace una “delegación” en los ordenes jurídicos nacionales, cuyos ámbitos de validez determina de este modo»³⁰.

De la unión de ambas premisas, identidad entre Derecho y Estado, más la derivada del monismo jurídico, la conclusión parece obvia: no hay lugar en el pensamiento kelseniano para otros sistemas jurídicos que no sean el estatal y el internacional, vinculados ambos a través de la *unión hipostática* con la *grundnorm*. La *lex mercatoria* desde la perspectiva de la metafísica kelseniana resulta contradictoria, pues no es posible desde su planteamiento un Derecho no estatal, o es Derecho internacional o es Derecho estatal, *tertium non datur*. Al no poder ser enclásada en esa dicotomía la *lex mercatoria* sería una ficción, un mito³¹, un fenómeno a-jurídico.

II. El positivismo analítico hartiano. En el capítulo V del *Concepto de Derecho*³², Hart propone entender el Derecho como «unión de reglas primarias y secundarias». Imagina una sociedad primitiva en la que sólo rigen *reglas primarias* que son las que prescriben a los individuos realizar ciertos actos, imponen deberes. En esta sociedad primitiva surgirán una serie de problemas de certeza al tratar de delimitar el alcance de tales reglas. La solución a esta cuestión viene dada a través de la *regla de reconocimiento* que sirve para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y, por tanto, para eliminar esa falta de certeza. Igualmente, en esta sociedad primitiva, las reglas tienen un carácter estático pues no se podrán adaptar éstas de forma deliberada a los cambios sociales. La solución hartiana a la estaticidad de estos sistemas viene dada a través de las *reglas de cambio* que atribuyen competencias para la creación, modificación o extinción de las reglas existentes. Por último, en estas sociedades simples o primitivas detecta Hart otro importante defecto, a saber, una ineficiencia e insuficiencia de la presión social difusa para hacer

³⁰ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*. [Trad. García Mañez, E.] UNAM, México, 1979.

³¹ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, parecen asumir implícitamente tal metafísica monista al hablar de «la nueva *lex mercatoria*». «Los contratos internacionales y el mito de la ‘nueva *lex mercatoria*’ cit., nota 14.

³² HART, H.: *El concepto de Derecho*. [Traducción de G.Carrió]. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

cumplir las reglas pues siempre habrá duda sobre si una regla ha sido violada o no en un caso particular. La respuesta a esta falta de seguridad está, en opinión de Hart, en la existencia de otro tipo de reglas, las *reglas de adjudicación*, que facultan a una persona u órgano revestido de autoridad para determinar si en un caso particular se ha transgredido o no una regla primaria; tales reglas constituyen la base de un sistema judicial en la medida en que identifican a las personas que pueden juzgar.

La estructura resultante de la unión de las *reglas primarias* de obligación con las *reglas secundarias* (*reconocimiento, cambio y adjudicación* que atribuyen potestades), cuyo objeto son las normas primarias, constituyen el sistema jurídico. Es decir, la tesis genuinamente hartiana es que un ordenamiento jurídico está constituido por la unión de *reglas primarias* y *reglas secundarias*.

Proyectando las tesis hartianas sobre la *lex mercatoria* la cuestión reside en determinar si en esta última se da tal conjunción de *reglas primarias* y *secundarias*. En un primer análisis la respuesta es, sin duda, negativa. La cuestión central en este punto, desde la perspectiva del positivismo analítico, es el relativo a la *regla de reconocimiento*. Resulta extremadamente complicado hablar de la *rule of recognition* de la *lex mercatoria* y con ello de los criterios de identidad y pertenencia de las reglas al sistema. Sin embargo, no resulta arriesgado hablar de la posibilidad de que las *reglas de adjudicación* de un ordenamiento estatal reconozcan la *lex mercatoria* como derecho aplicable por los tribunales sin que esto signifique que aquella pertenencia al sistema jurídico al que *regla de reconocimiento* dota de identidad.

III. El pluralismo institucional de Santi Romano³³. Es la concepción de este autor la que sirve, mayoritariamente en la doctrina, de base para la construcción teórica de la *lex mercatoria* por cuanto implica una construcción sociológica y pluralista del concepto de Derecho. En efecto, para Romano la idea de Derecho debe contener los siguientes elementos esenciales: a) «Antes que nada el derecho debe ponerse en relación con el concepto de sociedad. Y esto en dos sentidos con significación complementaria entre sí: lo que no trasciende de la esfera estrictamente individual no es derecho; inversa-

³³ ROMANO, S.: *El ordenamiento jurídico*. IEP, Madrid, 1963. Traducción de S. Martín Retortillo.

mente, no existe sociedad en el sentido propio del término sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico; b) el concepto de Derecho «debe contener, en segundo lugar, la idea de orden social, excluyendo así cualquier elemento que pueda relacionarse con la arbitrariedad o con la fuerza material, esto es, con la fuerza no ordenada»; c) «el orden social establecido por el Derecho no es el que viene determinado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales»[...] «Esto significa que el Derecho antes que ser norma, antes de implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura y posición de la sociedad misma en que se desarrolla». Por eso, «el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de Derecho como ordenamiento jurídico considerado global y unitariamente, es el concepto de institución». La institución es todo ente o cuerpo social en el sentido de que es expresión de la naturaleza social del hombre, por eso la institución es también organización, especialmente si se tiene presente que el fin característico del Derecho es la organización social. Institución y Derecho son dos momentos de una misma realidad y se encuentran entre ellos en mutua interacción, constituyen las dos caras de la moneda; metafóricamente uno constituye el cuerpo y otro el alma. Para Romano el Derecho no es tanto producto de la sociedad sino que es la estructura de las fuerzas sociales susceptibles de tener una organización duradera. El Derecho es organización y la organización se presenta como la esencia de la institución y como criterio de juridicidad. Romano introduce el concepto de orden social en el concepto de ordenamiento jurídico a través de la idea de institución. La institución deriva de la necesidad de organizar³⁴ una serie de expectativas sociales de forma autónoma de manera que existirán tantos ordenamientos jurídicos cuantas exigencias o expectativas sociales cristalicen en instituciones y las instituciones son, como ya sabemos, iguales a ordenamientos jurídicos, es decir, a Derecho(s).

Estos presupuestos teóricos conducen necesariamente a una visión pluralista del Derecho y, en consecuencia, a negar el monopolio del Estado en la creación del Derecho. El Derecho estatal es uno más entre una pluralidad de ordenamientos jurídicos. A partir del concepto de *relevancia jurídica*, Romano establece una teoría de las relacio-

³⁴ La idea de organización es central en el pensamiento de S. Romano hasta el punto que sólo en el seno de los grupos sociales organizados existe Derecho.

nes entre ordenamientos jurídicos que supone la culminación de su concepción pluralista del Derecho. Como ya hemos señalado, desde la concepción institucional del Derecho, la explicación y la justificación de la *lex mercatoria* como ordenamiento jurídico autónomo encuentra un sólido acomodo.

IV. *Francisco Laporta*, como es propio en él, ha realizado un fino análisis de la *lex mercatoria*. En él sostiene que ésta afecta sólo a *los ingredientes formales y de interpretación de los contratos internacionales*, por tanto la *lex mercatoria* no se referiría al contenido de los contratos. En consecuencia puede afirmarse que todos los que toman parte en las actividades del comercio internacional tienen un interés compartido en la existencia y eficacia de las cláusulas contractuales homogéneas, puramente formales, pues ello facilita genéricamente el comercio. Se trataría, pues, de un interés común y compartido por los agentes sociales que haría surgir un tejido institucional destinado a satisfacer ese interés. En términos económicos, podría afirmarse que la información compartida y generalizada sobre las formas de los contratos haría posible que para todos disminuyeran los costes de transacción, y ello configuraría un escenario de coincidencia de intereses³⁵.

«De esta forma la *lex mercatoria* supondría una especie de “convención” para la solución de un problema de coordinación. Su carácter convencional, consuetudinario, se explicaría precisamente por la naturaleza del problema que trata de resolver, que es un problema en el que la coincidencia de intereses entre los agentes se superpone a los aspectos conflictivos del tráfico mercantil» de tal manera que *los laudos arbitrales serían más bien una declaración del derecho aceptado por todos que una solución a un conflicto*³⁶. «Por esta razón cuando se abandona el ámbito de la identidad de intereses y se penetra en el ámbito de los conflictos, la *lex mercatoria* ya no sirve para ordenar las conductas y por tanto para hacer justicia».

Este planteamiento parece sugerir la inexistencia de conflictos entre los usuarios de la *lex mercatoria* y esto por dos razones: Primera, el contenido de la *lex mercatoria* es algo así como el conjunto de elementos formales inherentes a los contratos internacionales al margen del contenido de los mismos, los Incoterms 2000 de la CCI

³⁵ LAPORTA, F. J.; *El imperio de la ley una visión actual*. Trotta, Madrid, 2007.

³⁶ LAPORTA, F. J.; Las cursivas son nuestras.

quizá constituyan un buen ejemplo de lo sostenido por Laporta, por tanto, el éxito y funcionalidad de la *lex mercatoria* descansa en la estandarización de las formas del tráfico jurídico internacional ya que esto supone un abaratamiento de los costes de transacción. Segunda, la *lex mercatoria* consistiría en convenciones que sirven para resolver problemas contingentes de coordinación social. Lo característico de aquellas es que no generan problemas de motivación para el cumplimiento por sus destinatarios, las convenciones expresarían estrategias óptimas de cooperación y no estrategias sub-óptimas. Las reglas, por el contrario, se explicarían ante la necesidad de asegurar una motivación estable para su cumplimiento.

La objeción más importante que se puede plantear al argumento es, la que denominaremos «hipostatización de la forma» de la *lex mercatoria*.

Salvo que nos situemos en el *topos noetos* o universo conceptual analítico, no parece muy razonable mantener la idea de una *lex mercatoria* puramente formal y convencional³⁷. Son precisamente las formas normativas, bien sean *ad probationem* o *ad substantia* las que exteriorizan el contenido de los negocios jurídicos. Y es precisamente la diferencia entre la forma y el contenido³⁸ lo que nos permite hablar de los diferentes tipos de vicios del contrato y por tanto, de eventuales conflictos entre las partes. ¿Acaso un crédito sindicado nominado en euromonedas y celebrado en el euromercado, ejemplo de institución regulada al menos parcialmente por la

³⁷ El convencionalismo está hoy en el centro de las discusiones de las teorías positivistas hasta el punto de hacer girar el núcleo esencial del positivismo en la idea de *convención*. VILAJOSANA, J. M.: *El Derecho en acción: la dimensión social de las normas jurídicas*. Marcial Pons, Madrid, 2010. Frente a esta concepción convencionalista que sustenta el positivismo *incluyente* véase la tesis de Bayón: «Derecho, Convencionalismo y Controversia», en NAVARRO, P. y REDONDO, C. (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 57-92.

La tesis de la convencionalidad sería la pretensión de que el Derecho es posible por una convergencia interdependiente de conductas y actitudes, una especie de acuerdo entre individuos expresado en una convención social. Un convencionalismo como el sostenido por VILAJOSANA no resultaría incompatible con determinadas concepciones de la *lex mercatoria*.

³⁸ La distinción nos remite a las ideas aristotélicas de materia y forma y más concretamente a la idea de causa formal y causa material como causas intrínsecas, frente a las causas extrínsecas: eficiente y final.

lex mercatoria, no puede generar conflictos entre las partes, *pool* de los acreditantes y el acreditado o incluso entre el *pool* de los bancos acreditantes?. Tal hipótesis parece verosímil. Entonces, en ese caso ¿es descartable el arbitraje para hacer justicia a los mercaderes como sugiere Laporta?

La «hipostatización de la forma» tiene otro problema no menos desdeñable, el hecho de que las normas internacionales de información financiera, elaboradas por la *International Accounting Standards Board* (IASB) y adoptadas por la Unión Europea, establecen que en el sistema de información contable hay que «dar prioridad al fondo o sustancia económica sobre la forma legal» (*NIF A-1*). Ello es debido a que la forma legal de una operación puede tener una apariencia diferente al auténtico fondo económico de la misma y, en consecuencia, no reflejar adecuadamente su incidencia en la situación económico-financiera de una entidad. Por ende, las formalidades jurídicas deben analizarse en un contexto adecuado, a la luz de la sustancia económica, a fin de que no la tergiversen y con ello distorsionen el reconocimiento contable³⁹. Así, en los negocios celebrados en los mercados financieros, se puede dar una discordancia entre la sustancia económica del negocio y la forma jurídica del mismo. Este hiato es reconocido por las propias normas internacionales de información financiera y en plano interno en el PGC de 2007.

En este sentido, un buen jurista, sin conformarse con las meras apariencias, deberá indagar, por ejemplo, si detrás de una venta de un bien tangible con *pacto de retro* no anida un depósito o un préstamo; o, si, detrás de *la contratación entre un inversor y un intermediario financiero* de un llamado *equity swap* sobre acciones de una sociedad cotizada, no se esconde lo que ya el Derecho Romano conocía como *fiducia cum amico*.

¿El análisis conceptual propio de la iusfilosofía analítica permite obtener algún resultado práctico, a parte de preguntarse, por ejemplo,

³⁹ Un ejemplo, de la aplicación de este postulado, se tiene cuando una entidad vende un activo a un tercero, de tal manera que la documentación generada en la operación indica que la propiedad le ha sido transferida. Sin embargo, pueden existir simultáneamente acuerdos que aseguren a la entidad el continuar disfrutando de los beneficios económicos del activo en cuestión; en tales circunstancias, el hecho de presentar información sobre la existencia de una venta sólo con un enfoque jurídico, puede no representar adecuadamente la transacción efectuada.

si un contrato de cobertura (derivados financieros) forma parte, pongamos por caso, de la categoría de los contratos de seguro? Cuestión, por cierto, de gran interés. Sin duda, un enfoque causal de los negocios jurídicos unido a un enfoque funcional de la *lex mercatoria* son, en mi opinión, mucho más fértiles.

Este divorcio entre «sustancia económica y forma legal»⁴⁰ pone de relieve cómo existen una cantidad significativa de operaciones financieras diseñadas «ad hoc», por tanto, no estandarizadas. El funcionamiento del sector del capital-riesgo (*private equity*) o, especialmente el de los *hedge funds*, de diversas nacionalidades, (fondos de inversión alternativa, en nuestro ordenamiento) opera, a través de mercados oficiales, como en mercados carentes de regulación, realizando operaciones como las compras o ventas en descubierto, los préstamos de valores en mercados OTC⁴¹ o la adquisición de CDS (credit default swap) en los mercados no organizados con una finalidad estrictamente especulativa. Son *los usos* de los mercados finan-

⁴⁰ Esta distinción entre sustancia económica y forma legal recuerda la distinción marxista entre base o infraestructura económica (sustancia) y superestructura político-jurídica (forma legal).

⁴¹ Las ventas en corto son una apuesta de inversión a la baja, en la que se consiguen plusvalías cuando la acción cae. El inversor solicita un préstamo de valores, los enajena en el mercado y llegado el vencimiento de la operación, adquiere en el mercado los valores para devolverlos al prestamista. En caso de descenso en la cotización de los valores, ganará la diferencia entre el precio a la que las vendió, tomándolas prestadas, y el precio a las que las recompró. Las ventas en corto al descubierto siguen la misma operativa pero son mucho más peligrosas, ya que a diferencia de las anteriores, el especulador ni siquiera ha pedido prestadas las acciones, de forma que el riesgo es mayor dado que puede darse el caso de que no pueda entregar las acciones al comprador a la liquidación de la operación. Esta última modalidad ejerce una presión bajista mayor y provocan descensos bursátiles de mayor intensidad. En muchas ocasiones los *hedge funds* no sólo toman ventas en corto, sino que además utilizan un significativo apalancamiento. Por otra parte, los intermediarios financieros (Bancos en su mayoría), que prestan las acciones para que los *hedge funds* tomen posiciones, suelen ser las entidades depositarias de dichas acciones y, suele ser frecuente, que, los accionistas, propietarios de las acciones que se prestan, desconozcan que en sus contratos de depósito existe una cláusula por la que sus acciones pueden ser dadas en préstamo y, por la que autorizan a la entidad que actúa como depositaria a recibir la rentabilidad que los *hedge funds* pagan por el riesgo asumido al prestar sus acciones. Sin embargo, lo más controvertido de las ventas en corto, es el pernicioso efecto potencial a la baja sobre las cotizaciones, y en este contexto, la inestabilidad en los mercados financieros puede traer consecuencias muy negativas para los inversores y el conjunto de la economía.

cieros los que han amparado esta operativa, es decir, la *lex mercatoria*⁴².

CONCLUSIONES

1.^a. La *lex mercatoria* nos sitúa, una vez más, ante la cuestión de los problemas de identificación del Derecho. En ese sentido,

los criterios habituales utilizados por el positivismo jurídico más refinado, como lo son los hartianos y los que posteriormente se desarrollan en discusión con el mismo, resultan inadecuados para resolver los problemas de identidad con respecto a la *lex mercatoria*. ¿Tal conclusión, implica aceptar sin más la idea de *ajuridicidad* de la *lex mercatoria*?

El profesor Pérez Luño ha mostrado la incapacidad de los esquemas formales tradicionales para explicar y encauzar la producción normativa en nuestros ordenamientos, aludiendo en este sentido al «desbordamiento de las fuentes del Derecho»⁴³. En presencia de un ordenamiento jurídico caracterizado por un importante grado de pluralismo, por una apertura jurisdiccional, Pérez Luño nos propone dejar de pensar en términos de pirámide kelseniana «...sustituir la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, por un horizonte en el que la totalidad del sistema se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas». Si hasta el presente la teoría jurídica iuspositivista «había padecido un exceso de concentración en un punto de gravitación único y jerárquico a partir del presente deberá acomodar su óptica de enfoque hacia unos ordenamientos jurídicos policéntricos»⁴⁴.

Esto supuesto, no parece que sea una extravagancia hablar de un pluralismo jurídico en el que *cohabitan* ordenamientos de naturaleza

⁴² ZUNZUNEGUI, F.: *Derecho del Mercado financiero*. Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁴³ PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Jurisprudencia y Legislación, Sevilla, 1993.

⁴⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico, en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZÁLEZ, M. Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006, p. 650.

estatal con otros de diverso origen: infraestatal, paraestatal y/o supraestatal.

2.^a. Las *Normas Internacionales de Información Financiera* (NIIF) adoptadas por la Unión Europea han sido elaboradas por un organismo privado de carácter internacional, el *International Accounting Standards Board* (IASB) con sede en Londres. Los Incoterms, las RRU 2000 sobre el *crédito documentario* promulgadas por la CCI; el *Master Agreement* elaborado por la *International Swaps and Derivates Association* (ISDA) verdadero acuerdo marco multiproductos que incluye: los modelos de contratos en materia de swaps, operaciones de tipos de interés a plazo (FRA), operaciones de Opciones y Futuros en mercados no organizados, Operaciones de compraventa de divisas (FX), al contado (SPOT) y a plazo (FORWARD)⁴⁵, La *Internacional Securities Market Association* (ISMA) y la *Internacional Primary Market Association* (IPMA)⁴⁶ elaboran respectivamente, para los euromercados primario y secundario, respuestas uniformes y reglas standards para los operadores de estos mercados constituyéndose en organismos privados de producción de reglas jurídicas. Los citados anteriormente, son sólo algunos de los exponentes más relevantes económicamente de la producción privada de reglas que se pueden incluir en la *lex mercatoria*⁴⁷. Las controversias derivadas de los contratos celebrados al amparo de las reglas de estas asociaciones privadas internacionales son dirimidas, en la mayoría de los casos a través del arbitraje y, excepcionalmente, por las jurisdicciones estatales determinadas por las partes.

3.^a. Las polémicas a propósito de si la *lex mercatoria* es *soft law* o *hard law*, son en mi opinión una cuestión secundaria, lo relevante es la eficacia, el uso efectivo que de ellos se hace en el comercio internacional y en los mercados financieros internacionales «donde hay

⁴⁵ AÏDAN, P.: *Droit des marchés financiers. Reflexión sur les sources*. Banque éditeur, París, 2001.

⁴⁶ Asociación creada en 1984 por un grupo de miembros de la Association of International Bond Dealers cuya misión era defender los intereses de los suscriptores y gestores de emisiones de deuda pública y privada. En Julio de 2005 se fusiona con la International Securities Market Association creando la International Capital Market Association.

⁴⁷ AÏDAN, P.: cit., 45, además de estos, cita el autor la *Grain and Feed Trade Association* en materia de comercio internacional de granos. Una visión más detallada de las Organizaciones de autorregulación sectorial puede verse en: Fernández Rozas, J. C., cit.

más negocios que leyes». La eficacia de la *lex mercatoria* genera su validez.

4.^a De otra parte, una concepción del Derecho anclada en la identidad entre Derecho y Derecho estatal⁴⁸, es incapaz de captar la diferenciación funcional en que descansa la sociedad presente y, en consecuencia, le resulta prácticamente imposible dar cuenta del pluralismo jurídico. Una concepción del Derecho fundada exclusivamente en el Estado, en la segmentación estatal del espacio jurídico, no puede analizar las correspondencias entre normas jurídicas y sistemas sociales autónomos cuya dinámica se despliega en un espacio transnacional. La consecuencia que se sigue de este planteamiento no puede ser otra que la negación de la juridicidad de la *lex mercatoria*.

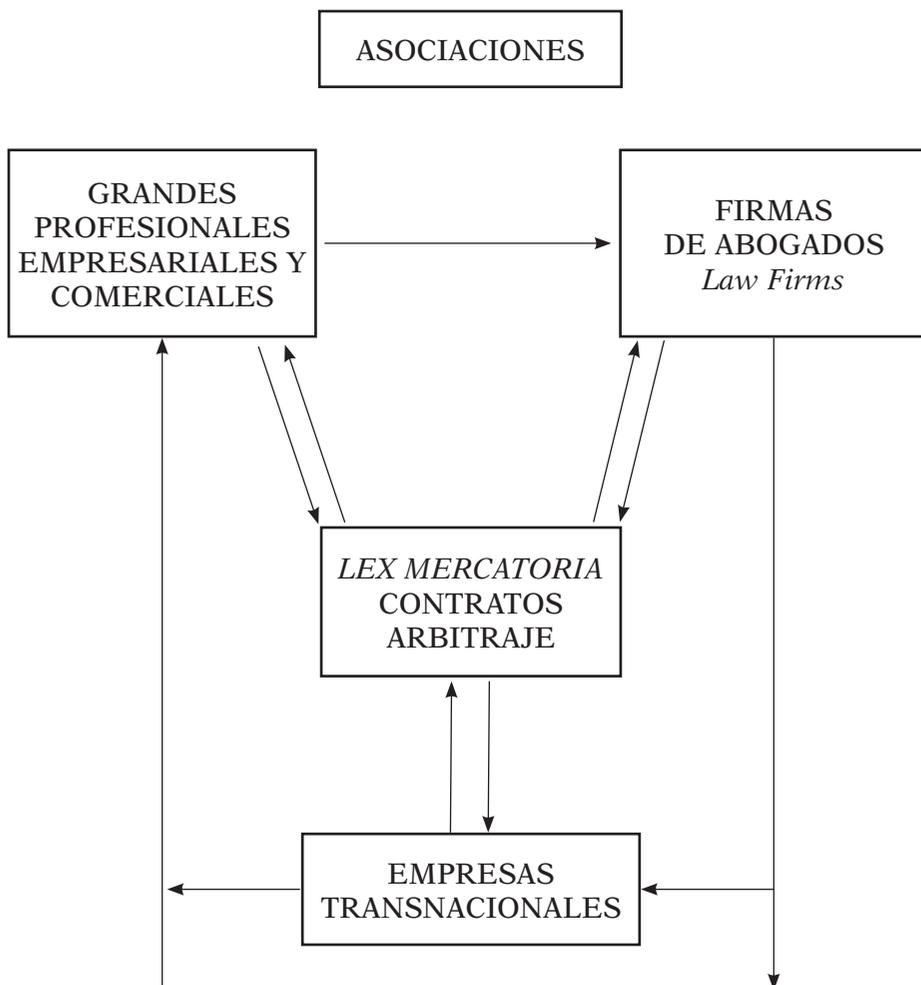
5.^a Las sociedades modernas son sociedades sin centro o, si se prefiere, *policéntricas*, en tanto que están constituidas por una pluralidad compleja de subsistemas que realizan funciones cruciales para el conjunto sin que ninguno tenga supremacía sobre los demás (*heterarquía*). En términos de Teubner, la sociedad moderna puede ser descrita como sociedad global, lo que supone una comprensión desterritorializada de lo social y, por tanto de lo jurídico, como comunicación que integra todos los posibles horizontes de mundo —sea de individuos o colectivos— como horizontes de un único sistema comunicativo universal en el que se incluyen todas las posibilidades de comunicación, incluidas las que utilicen el código derecho/no derecho⁴⁹.

6.^a En mi opinión, el problema central de la *lex mercatoria* no afecta tanto a su caracterización o no, como ordenamiento jurídico conforme a los paradigmas del positivismo estatalista, sino a la ausencia de un orden democrático desde el que se pueda legitimar su producción normativa, es decir, el núcleo de la problematización de la *lex mercatoria* está en la ausencia de condiciones de legitimación democrática de este derecho.

⁴⁸ LÓPEZ RUIZ, F.: Notas sobre la relación de identidad entre Estado y Derecho en Kelsen. *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Volumen II, Madrid, 2008, Dykinson.

⁴⁹ TEUBNER, G.: *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Universidad del Externado, Bogotá 2005. LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Anthropos, Barcelona, 1998, pp. 184 -186.

La interconexión o interacción entre ETN, asociaciones privadas internacionales y las grandes *law firms* segrega la nueva *lex mercatoria*. Eso es lo que pretende reflejar el siguiente esquema:



UN PARALELISMO ENTRE LAS TEORÍAS DE LOS PRINCIPIOS Y LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS: LA RUPTURA DEL PUENTE ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA SOCIEDAD CIVIL

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:—1. El debate contemporáneo y su repercusión en la Doctrina de las fuentes.—2. La aportación de la Jurisprudencia de conceptos a la Teoría de las fuentes.—3. Paralelismos entre las Teorías principalistas y la Jurisprudencia de conceptos.

El objetivo de estas páginas es analizar los vínculos que existen entre las teorías contemporáneas de los principios jurídicos —con Dworkin y Alexy como representantes principales— y la concepción de las fuentes que mantuvo la jurisprudencia de conceptos alemana en el siglo XIX —con Puchta y el primer Jhering como máximos referentes—. Veremos que se dan paralelismos muy interesantes entre ambas orientaciones, y que ambas caen en el error de fracturar la comunicación entre las fuentes del Derecho y la sociedad civil. O dicho de otra manera: tanto la teoría de los principios como la jurisprudencia de conceptos minusvaloran la importancia de los factores sociales en la conformación del Derecho, ya que otorgan una importancia desmesurada a la doctrina o a una jurisprudencia demasiado profesoral. Así las cosas, se procederá a una crítica de ambas tendencias desde la perspectiva que nos ofrecen las ideas del segundo Jhering. Dada la complejidad del tema, sólo se harán algunas breves sugerencias.

1. EL DEBATE CONTEMPORÁNEO Y SU REPERCUSIÓN EN LA DOCTRINA DE LAS FUENTES

El debate contemporáneo respecto al papel de los principios en el ordenamiento jurídico se inauguró tras las críticas de Ronald Dworkin a Herbert L. A. Hart. Dado que resulta demasiado prolijo para resumirlo en detalle, sólo podrán hacerse algunos apuntes superfi-

ciales¹. El núcleo de la crítica de Dworkin se centraba en la hipotética insuficiencia del «modelo de reglas» de Hart². En opinión de Dworkin, en efecto, su predecesor en la cátedra había descuidado un tipo de normas, los principios, que tenían mucha mayor relevancia que las reglas en los sistemas jurídicos actuales. Los principios serían una clase de normas de mucha mayor laxitud, más necesitadas de interpretación y abocadas a los complejos vericuetos de la argumentación: al contrario que las reglas, no admiten una exégesis mecánica o silogística, sino que están sujetos a la ponderación. En definitiva, se trataría de normas infinitamente más abiertas y proteicas de lo que podría pensarse desde una explicación del Derecho basada en reglas.

El debate desarrollado a posteriori ha sido demasiado intrincado para exponerlo ahora en detalle. Baste señalar que la posición de Dworkin ha encontrado un gran eco en la doctrina, al desencadenar la aparición de un nutrido sector de teorías críticas con el positivismo jurídico. Entre éstas, aunque con una perspectiva matizada respecto a la de Dworkin, destaca la teoría de la argumentación de Robert Alexy. Por si fuera poco, se han apuntado numerosas corrientes que solemos englobar bajo la rúbrica común de neo-constitucionalismo. Según éstas, la teoría de los principios está fuertemente refrendada por las características de las constituciones contemporáneas: frente a las legislaciones típicas del Derecho privado o del penal, que siguen funcionando con base en un modelo preponderante de «reglas», los textos constitucionales están cargados de «principios». En este sentido, nos vienen a decir, habría llegado el momento de superar el positivismo jurídico. Esta última corriente, al haber nacido al amparo del Estado de Derecho, habría quedado obsoleta con la llegada del Estado constitucional: y en este nuevo contexto, se nos dice, sería imprescindible una modificación de la teoría³.

¹ Para un buen resumen de esta polémica, aunque con la importante laguna de Robert Alexy, vid. SCHIAVELLO, Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*, Giappichelli, Torino, 2004. Para una visión de los ataques de Dworkin y Alexy en perspectiva comparada, vid. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 163-197.

² DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, introd. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, pp. 72 ss.

³ Vid. por ejemplo ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 33-46. Vid. también POZZOLO, Susana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino,

Esta modificación pasaría por negar aspectos esenciales del positivismo jurídico, que se tienden a resumir en la impugnación de tres famosas tesis: la tesis de las fuentes sociales, la de la discrecionalidad judicial y la de la separación entre Derecho y moral⁴. De acuerdo con la primera, las fuentes del Derecho son siempre sociales: ni la moral, ni el Derecho natural o cualesquiera otras instancias de este corte, podrían ser consideradas como tales. El fundamento último del sistema se encuentra en una *práctica social* que determina cuáles han de ser las fuentes del ordenamiento jurídico. Puede tratarse del poder político de turno, tal como vendrían a decir las teorías imperativistas de Bentham o Austin. Puede ser la presión de uno u otro grupo social, como nos dirían las corrientes sociológicas de principios del siglo XX y las ideas del pluralismo jurídico. O puede ser un reconocimiento de aceptación generalizado con respecto a la obligatoriedad del ordenamiento en cuestión, según teorías psicológicas como la de Bierling⁵. Frente a este punto de vista, las teorías de Dworkin o de Alexy negarían la pertinencia del reenvío a la sociedad, haciendo hincapié en los principios: una vez que éstos se han incluido en el ordenamiento —especialmente en el constitucional—, se convierten en fuente de Derecho con independencia de cualquier hecho social externo.

La segunda tesis que se pone en tela de juicio es la de la separación entre Derecho y moral. Uno de los principales estandartes del positi-

2001, pp. 125 ss. En contra de esta tesis ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 73-105.

⁴ La formulación de estas tres tesis se debe originalmente a Hart (HART, Herbert L. A., «El nuevo desafío del positivismo jurídico», trad. de Francisco Laporta, Liborio Hierro y Juan Ramón de Páramo, *Sistema*, n.º 36, 1990, pp. 3-19, especialmente 4-6.). No obstante, se han terminado convirtiendo en una especie de canon para casi todo el iuspositivismo contemporáneo.

⁵ BIERLING, Ernst-Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* [1877-1883], Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 3-8. La idea del reconocimiento ya fue manejada en la teoría del Derecho antes de que Hart usara el concepto de *regla de reconocimiento* (Vid. OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 60-69). De hecho, sería muy interesante trazar un paralelismo entre la teoría del reconocimiento de Bierling y la regla de reconocimiento en Hart, porque ya en el primero hay un germen de la distinción entre los puntos de vista interno y externo: «así pues, sólo queda una alternativa: o se busca una posición desde la que puedan contemplarse con igual neutralidad las normas estatales y las no estatales, o se ubica uno *alternativamente* en el lugar del ciudadano del Estado y en el de miembro de la asociación» (nótese que estaba hablando de la hipotética juridicidad del Derecho canónico) (*Zur Kritik...* p. 11).

vismo había sido el de la distinción entre ambas esferas, de tal modo que, si bien siempre se dan fenómenos de interrelación, éstos siempre serán de naturaleza *contingente*: ni el Derecho pierde su validez por no incluir una determinada moral, ni la moral ha de discurrir conforme a las normas de un Derecho en concreto. Pues bien, al igual que en el caso anterior, también la idea de los principios servía aquí para desbaratar el fundamento de esta separación. De acuerdo con las tendencias neo-constitucionalistas, es posible que ésta tuviera razón de ser en el contexto del Estado de Derecho. Sin embargo, en un Estado constitucional, en el que los principios morales han adquirido una gran relevancia en la praxis cotidiana de jueces y abogados, la nitidez de la distinción pierde su fuerza original: en lugar de transitar por caminos separados, ambas normativas se entrecruzan sin cesar y a veces la moral determina *necesariamente* la validez del Derecho.

La tercera tesis, en fin, aludía a la inevitable discrecionalidad judicial. Dada la perpetua movilidad social y la consiguiente posibilidad de que el Derecho no baste para cubrir todos los casos potenciales, dada la imperfectibilidad humana y la consecuente posibilidad de que el texto legal incurra en contradicciones, dada la ambigüedad que ineludiblemente aparecerá en algunos preceptos, dados todos estos condicionantes, en definitiva, es forzoso admitir que el juez dispone de cierta discrecionalidad para resolver algunos casos. Frente a esta conclusión del positivismo —en la versión de Hart— también se alzaba la teoría de Dworkin. Uno de sus aspectos más controvertidos, en efecto, fue el de la «única respuesta correcta». En su opinión, y precisamente como consecuencia de la incorporación de los principios en el ordenamiento jurídico, no podía existir la discrecionalidad judicial⁶. Si se daban lagunas, antinomias o ambigüedades, ahí estaban los principios para integrar los aspectos oscuros: se trataría de efectuar una adecuada «ponderación» —un tema muy desarrollado por Alexy⁷—, una combinación oportuna de los principios vigentes, para encontrar la salida «correcta» al caso. Si a veces nos parece que

⁶ Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 177 ss.; ID., «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?», en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico* (comp. por Pompeu Casanovas y Juan José Moreso), Crítica, Barcelona, 1994, pp. 475-512.

⁷ Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 86 ss.

el ordenamiento ofrece respuestas variadas en una misma situación, es porque no se ha buscado lo suficientemente bien.

Así las cosas, las doctrinas principialistas han alterado de forma radical la teoría de las fuentes dominante hasta entonces. Buena parte de las teorías positivistas —aunque no todas— habían establecido una profunda ligazón entre las fuentes y la sociedad civil. La tesis de las fuentes sociales, que es patrimonio de Hart y de una gran vertiente del positivismo contemporáneo, es un buen ejemplo de este vínculo. Pero también doctrinas sociológicas como la de Ehrlich, el realismo jurídico, la jurisprudencia de intereses o la escuela del Derecho libre, habían subrayado esta intensa comunicación entre el Derecho y la sociedad⁸. Las fuentes del Derecho tenían así un carácter *trascendente*: aunque sea la ley quien determine cuáles son las fuentes, al final de la cadena de validez siempre hay que remontarse hasta algún hecho social⁹. En cambio, las doctrinas principialistas desembocan en una teoría *inmanente*: una vez que los principios se han incluido en el Derecho, ya no hace falta salir fuera de éste. Y es que, según esto, los principios tienen una fuerza expansiva capaz de cubrir todos los casos.

2. LA APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS A LA TEORÍA DE LAS FUENTES

La teoría de las fuentes que se desprende de las doctrinas principialistas no es ni mucho menos nueva en la historia del pensamiento jurídico. El maestro de Alexy, Ralf Dreier, ha sugerido que existen profundas analogías entre las teorías de aquél o de Dworkin y la jurisprudencia de conceptos: «deberíamos cuestionar que la jurisprudencia de conceptos de Jhering (y también la de Puchta) sea positivista. Porque la concepción de que el Derecho es un sistema cerrado de conceptos, institutos y dogmas, que contiene una solución para

⁸ En sintonía con las ideas de Felipe González Vicén, partimos de un concepto amplio del positivismo jurídico. Según éste, también las teorías realistas o sociológicas son derivadas del paradigma positivista. (GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 47-60 y 72-114.

⁹ Vid. ROSS, Alf, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* [1929], Scientia Verlag, Aalen, 1989, pp. 180-181.

todos los casos posibles, se basaba... en un concepto del Derecho válido enriquecido por consideraciones ético-jurídicas. Según esto, el Derecho incluiría “fundamentos rectores” y principios, que obtienen validez jurídica con independencia de un acto de positivización del Estado. En resumen: se podría interpretar la tesis de la plenitud de la jurisprudencia de conceptos en el sentido de una teoría principialista, tal y como las que hoy defienden Ronald Dworkin, Franz Bydlin-ski y Robert Alexy»¹⁰.

Según Larenz, los tres principales exponentes de la jurisprudencia de conceptos fueron Puchta, el primer Jhering y Windscheid. El primero sentó las bases de la doctrina con aportaciones tan centrales como la pirámide de conceptos —una imagen que, *mutatis mutandis*, sería popularizada por Hans Kelsen— o la idea del sistema interno. Esta última contribución, que ya arranca desde Savigny, alude a la voluntad de construir el sistema jurídico a través de un *principio orgánico* inherente a todo el entramado normativo, y no mediante un *principio lógico* impuesto desde fuera¹¹. El último eslabón de la cadena, Windscheid, supuso una revaloración de la legislación: en vez de poner el acento en una hipotética razón inmanente al conjunto de normas e instituciones jurídicas particulares, prefirió subrayar el papel de la voluntad racional del legislador¹². No en vano, el tratado de Pandectas de Windscheid se convirtió en el modelo paradigmático para los trabajos preparatorios del código de 1900, en cuyas comisiones participó como un destacado ponente¹³. Así, pese a prolongar la línea sistemática desarrollada por Puchta, y pese a conservar muchos resabios del idealismo que alentaba a sus predecesores, provocó un viraje fundamental para la ciencia jurídica alemana.

Entre ambas cumbres de la jurisprudencia de conceptos se encuentra el primer Jhering, a quien se suele reconocer como máximo

¹⁰ DREIER, Ralf, «Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft», en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von Okko Behrends, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993, pp. 124-125.

¹¹ Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto* (vol. 1). *Dalle origini alla Scuola storica*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 253-274.

¹² Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. neubearbeitete Aufl., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg/ New York, 1991, pp. 19-32.

¹³ Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band II: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 148-151.

exponente de esta tendencia. En esta primera etapa, que tradicionalmente se ha visto como un todo bien delimitado, pueden encontrarse varios motivos. Por un lado, en el primer volumen del *Espíritu del Derecho romano* (1851), desarrolló una crítica contra el historicismo nacionalista de la escuela de Savigny¹⁴. Frente a una utilización de la historia como argumento para fundamentar la unidad de la nación alemana, consideraba que el Derecho romano era una vía hacia la universalidad. Por otro lado, en el segundo volumen de esta obra (1854), desarrolló una exhaustiva doctrina sobre el sistema jurídico interno, la dogmática y la interpretación. Este segundo motivo es el del Jhering formalista, el momento de su trayectoria en que despunta con más fuerza su orientación conceptualista. Por lo que a nosotros afecta, es el periodo donde más similitudes pueden encontrarse con las doctrinas de los principios. Ahora bien, es en el texto programático que redactó para la revista fundada en 1857 con su amigo y colega Carl Friedrich von Gerber (*Unsere Aufgabe - Nuestra misión*), donde estas ideas se reflejaron con más ímpetu¹⁵.

En opinión de Jhering, una vez transcurrida la primera mitad del siglo XIX, era necesaria una vuelta de tuerca en la ciencia jurídica alemana. En 1815, en el prólogo a la revista que Savigny fundó con Karl Friedrich Eichhorn (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft - Revista para la ciencia histórica del Derecho*), el gran romanista había deslindado entre dos grandes vertientes en la ciencia jurídica: la *histórica* y la *no histórica*. A su modo de ver, era necesaria una conversión historicista general¹⁶. Casi cincuenta años después, en un contexto político y social distinto, Jhering sentenciaba que hacía falta un nuevo giro. A partir de entonces, en su opinión, habría que distinguir entre la ciencia jurídica *productiva* y la *receptiva*. La receptiva se basaría en la adopción mecánica del material histórico, en una

¹⁴ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1. Teil [1852], 9. Aufl., Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1953, §1, pp. 1-16.

¹⁵ JHERING, Rudolf von, «Unsere Aufgabe» [1857], *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-46.

¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von, „Über den Zweck dieser Zeitschrift« [1815], en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2. Aufl., hrsg. von Hans Hattenhauer, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, pp. 201-205. Existe una traducción española en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., pp. 22-31.

mera recolección de instituciones y preceptos jurídicos del pasado romano, que como mucho podrían organizarse conforme a algún criterio sistemático. La productiva, en cambio, consistiría en la destilación del material para sintetizar nuevas reglas y principios.

Para lograr este artificio, Jhering dividía la labor de la dogmática en dos fases: la ciencia jurídica *inferior* y la *superior*. La inferior se dedicaría a manejar las formas de manifestación del Derecho primarias e inmediatamente prácticas: las reglas jurídicas, los principios jurídicos y las proposiciones jurídicas. La forma estándar sería la regla; los principios serían más generales y las proposiciones más específicas. Toda actividad dogmática que se limitase a recibir pasivamente este tipo de normas, yuxtaponiéndolas u ordenándolas de algún modo, se movería dentro de la ciencia jurídica inferior. Para pasar a la superior, según Jhering, hacía falta practicar otra dogmática —la *construcción jurídica*— con la que se obtenía un producto más elevado: el *concepto jurídico*¹⁷. A partir de los conceptos jurídicos, gracias a su generalidad, siempre se podrían sintetizar nuevas normas y se lograría la plenitud del ordenamiento: «una ciencia jurídica madura nunca ha de temer un déficit absoluto de proposiciones jurídicas. Porque por muy insólitas y desviadas que sean las formas en que se presente la sociedad del futuro, la preocupación de que pueda traernos algo absolutamente nuevo, es decir, algo que no encaje en alguno de nuestros conceptos actuales, es una preocupación tan injustificada, como la de creer que todavía hoy se pueden descubrir nuevos animales que no encuentren cobijo en el sistema zoológico de la ciencia contemporánea»¹⁸.

En la frase anterior puede palpase el influjo naturalista tan presente en la segunda mitad del siglo XIX: desde la novela de Zola hasta el método sociológico de Durkheim, pasando por el método *histórico-natural* de Jhering —que atañe a la ciencia jurídica superior, y cuyo cometido era destilar los conceptos jurídicos—, se trata de un espíritu que contaminó a muchas esferas de conocimiento¹⁹. Sin embargo, y por lo que a nosotros afecta, Jhering también utilizó otra interesan-

¹⁷ JHERING, Rudolf von, «Unsere Aufgabe», cit., pp. 7-8.

¹⁸ JHERING, Rudolf von, «Unsere Aufgabe», cit., p. 14.

¹⁹ LUIG, Klaus, «Recht zwischen Natur und Geschichte. Das Beispiel Rudolf von Jhering», en AA. VV., *Recht zwischen natur und Geschichte. Le droit entre nature e histoire*, hrsg. von Jean-François Kervégan und Heinz Mohnhaupt, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, pp. 281-303.

te metáfora. La tarea del jurista no era *descubrir* conceptos ya existentes en algún lugar recóndito entre los pliegues del sistema, sino más bien *construirlos*. Y en este tipo de trabajo, mejor que las analogías científicas, servían los paralelismos con el arte. Así es como Jhering se prodigó en una retórica verdaderamente romántica respecto a la tarea del jurista, que parangonaba con la del artista y en la que veía una alta dosis de creatividad: «aquí se reúnen las tareas de una investigación histórico-natural con la de una creación artística... El amor del jurista por su disciplina, tanto si es práctico como teórico, se fundamenta precisamente en el elemento artístico del Derecho, en la elevación y la espiritualización de la materia —creada por los hombres— hacia formas ideales»²⁰.

Esta hibridación entre el elemento científico y el artístico es lo que se encuentra en la base de la ciencia jurídica *productiva*. Y es que, según Jhering, de lo que se trataba era de gestar un sistema de conceptos lo suficientemente depurado y operativo para poder alcanzar la perfección en la interpretación y la aplicación del Derecho. Si conseguimos crear —que no descubrir— un universo de conceptos bien contruidos, la amalgama de reglas, principios y proposiciones jurídicas que se presentan abigarrados ante los ojos del jurista podrá reconducirse a una unidad integradora, cuyo fin es dar sentido al mero agregado de preceptos que se manifiestan en la ciencia jurídica inferior. Con semejante aparato, además, se iba mucho más allá de la mera ordenación. A partir de entonces, el jurista dispondrá de una poderosa herramienta para interpretar y aplicar el ordenamiento sin fisuras: lo único que necesitará es una clara intelección del orden conceptual creado por la doctrina. Y así las cosas, como puede colegirse, la teoría de las fuentes quedaba circunscrita a un recorrido inmanente: en ningún caso era necesaria la recurrencia a consideraciones sociales o extrajurídicas.

3. PARALELISMOS ENTRE LAS TEORÍAS PRINCIPIALISTAS Y LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

Es evidente que no puede establecerse un paralelismo absoluto entre estas dos orientaciones. Las tesis del primer Jhering, así como

²⁰ JHERING, Rudolf von, «Unsere Aufgabe», cit., pp. 10 y 11.

las de Puchta, estaban aún muy impregnadas por el idealismo alemán²¹. De hecho, la retórica de los conceptos estaba influida por la *Filosofía del Derecho* de Hegel, en la que se concedía un enorme papel a la *dialéctica inmanente del concepto*²². Además, la terminología es diferente en uno y en otro caso. Sin embargo, y con todos los matices que se quieran, existen similitudes básicas. Donde Jhering o Puchta hablaban de *conceptos*, las doctrinas contemporáneas se aferran a los *principios*. Donde Jhering hablaba de la *construcción jurídica*, Alexy nos habla de *ponderación*. Cuando se leen hoy, por ejemplo, las fórmulas empleadas por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*, o cuando se observan sus ideas respecto a la colisión y la combinación de los principios²³, de inmediato vienen a la mente las ácidas sornas del segundo Jhering —criticándose a sí mismo—, cuando hablaba de conceptos «que se aparean»: «el *homunculus* civilístico, o sea, el concepto, se vuelve productivo, se aparea con otros de su especie y prolifera»²⁴.

En el caso de Dworkin, nos sale al paso otra analogía interesante. En su *Law's Empire*, el autor inglés desarrollaba un importante paralelismo entre el Derecho y el arte. Más concretamente, entre la interpretación jurídica y la artística. Se trata de una posibilidad de análisis que ya había propuesto Gadamer²⁵ y que se sitúa en un enfoque distinto al de la metáfora de Jhering. Mientras que éste comparaba al jurista con el artista, en tanto que ambos participaban de actividades creativas —el artista produciendo obras de arte y el jurista forjando conceptos jurídicos—, Dworkin establece el parangón entre el jurista y el crítico de arte²⁶. No obstante, creo que ambas

²¹ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 19-20.

²² Vid. HEGEL, Gottfried Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. y pról. de Juan Luis Vermal, Edhasa, Madrid, pp. 109-112.

²³ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2.ª ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 364-374.

²⁴ JHERING, Rudolf von, «Erster Brief», *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 4. Aufl. [1891], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, p. 7.

²⁵ Vid. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método (I)*, 11.ª ed., trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, pp. 396 ss.

²⁶ Vid. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986, pp. 55-62. Sobre el tema vid. BONORINO, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los*

metáforas coinciden en una sensibilidad común respecto al Derecho. El énfasis en el papel creativo del jurista es mayor en Jhering que en Dworkin, pero ambos parten de una noción constructivista de la ciencia jurídica, es decir, una ciencia cuyo cometido es crear, proponer y elaborar, no sólo describir u ordenar. De hecho, los dos utilizaron el concepto de «constructivo», el alemán refiriéndose a la ciencia jurídica y el inglés a la interpretación. Además, quizá tampoco sea casual que Dworkin se refiera a la «hipótesis estética» para caracterizar la ligazón entre los dos ámbitos —Derecho y arte²⁷—, mientras que Jhering apela al motivo «jurídico-estético» de la ciencia del Derecho²⁸.

A la propuesta de Dworkin subyacía la pretensión de incluir la interpretación jurídica y, con ello, la ciencia y la teoría jurídicas, en una parte del discurso práctico en general, exactamente igual que lo hará Alexy en su *Teoría de la argumentación*²⁹. Con ello, estaba intentando diluir la distinción entre el Derecho y la moral que tan central había sido para el universo iuspositivista. Se trataba de pasar a segundo plano el vínculo entre el Derecho y el poder —que estaba en la base del positivismo— para aproximarse de nuevo a la tradicional relación entre el Derecho y la moral —más propia de la reflexión iusnaturalista—³⁰. Aderezado con el fundamento epistemológico de la hermenéutica de Gadamer, este empeño cobraba aires de modernidad y lograba atacar al positivismo, sin por ello caer en un rancio retorno al iusnaturalismo. Frente al modelo imperativista de Austin y frente al modelo de reglas de Hart, Dworkin proponía un replanteamiento del Derecho en términos de interpretación. Y así, gracias a la comparación con la literatura o el arte, mitigaba los aparentes excesos en los que había incurrido el positivismo: antes que imperativo o regla, el Derecho es un agregado de principios y de conceptos que se sopesan en un ejercicio hermenéutico colectivo.

fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2003.

²⁷ DWORKIN, Ronald, «Law as Interpretation», *Critical Inquiry*, n.º 9 (1), 1982, pp. 179-200.

²⁸ JHERING, Rudolf von, «Unsere Aufgabe», cit., p. 10.

²⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 272 ss.

³⁰ PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pp. 29 ss. Vid. también PECES-BARBA, Gregorio, *Ética pública y derecho: discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

El propósito de Jhering no es el mismo exactamente, pero coincide en muchas cosas con las teorías principialistas. Su principal preocupación era superar las lagunas y las antinomias mediante la creación doctrinal de un sistema jurídico perfecto, en el que los *conceptos* pudieran nutrir una perpetua auto-integración del Derecho. En Dworkin o Alexy, de forma bastante análoga, este papel lo desempeñan los *principios*. En Jhering este proceso se equiparaba al del *artista* y se basaba en un método dialéctico con raíces en la *metafísica hegeliana* y en el idealismo alemán de la primera mitad del XIX. En Dworkin este proceso sucedía de forma similar al de la *crítica artística* y sobre la base de un método constructivo enraizado en la *hermenéutica gadameriana*. Así pues, pese a las inevitables diferencias de contexto, se trata de apuestas teóricas similares, tanto en el propósito como en el método. La diferencia más importante reside en que el inglés está pensando en un modelo jurídico de corte anglosajón, donde la *jurisprudencia* goza de un extraordinario protagonismo, mientras que Jhering pensaba en un modelo germano, donde es la *doctrina* quien lleva la voz cantante³¹.

La consecuencia de ambos enfoques, pese a la diferencia de culturas jurídicas para los que fueron creados, es una notable marginación de las consideraciones políticas y sociales a la hora de pensar sobre el Derecho. Una vez que se dispone de un aparato de conceptos o principios, insertos en el ordenamiento y dotados de vida propia más allá de las directrices del legislador —no es casual que el primer Jhering hablase de «cuerpos jurídicos»³²—, la doctrina de las fuentes queda condenada a un circuito cerrado. Desde ambas posturas, mediante artificios de diverso género, se niega que sea necesario el envío a la sociedad para determinar las fuentes del Derecho. Y esto, que les sucede tanto a los principialistas como a los conceptualistas, es algo que puede criticarse desde el giro emprendido por el segundo Jhering. Paulatinamente convencido de lo absurdo del método «formalista o dialéctico», y de la paralela necesidad de iniciar una senda «realista o teleológica»³³, Jhering comenzó a renegar de sus convicciones anteriores. Así, se afanó por restablecer un puente de comu-

³¹ CAENEGEM, Raoul C. van, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987, pp. 67-112.

³² JHERING, Rudolf von, «Unsere Aufgabe», cit., p. 10.

³³ JHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich einer Kritik der herrschenden juristischen Methode* [1889], Scientia Verlag, Aalen, 1968, pp. IX-X.

nicación entre el Derecho, la política y la sociedad, que después serviría de trampolín a las diversas concepciones sociojurídicas de la primera mitad del siglo XX: la jurisprudencia de intereses, la escuela del Derecho libre, la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound, etcétera.

A su modo de ver, era necesario desembarazarse del romanticismo en que caían las propuestas de la jurisprudencia conceptual. Por un lado, había que contestar la falsa entronización de la lógica que se cultivaba desde semejantes posiciones, el elogio descomedido de la argumentación jurídica y la ilusoria pretensión de verdad en la que parecía sostenerse su concepción del sistema jurídico: «el baremo del Derecho no es el absoluto de la verdad, sino el relativo de la finalidad. De ahí se deriva que el contenido del Derecho no sólo pueda ser infinitamente cambiante, sino que debe serlo»³⁴. Por otro lado, era menester despojarse del idealismo de las metáforas artísticas que él mismo había contribuido a popularizar. En esta tarea de «mundanización» de la ciencia jurídica, precisamente, yacía la convicción de que era necesario atender al lazo entre política y Derecho. Las analogías con el arte, en las que tanto se había prodigado la escuela histórica, no lograban sino enmascarar la realidad, mucho menos amable de lo que evocan tales metáforas: «la teoría dominante de Savigny y Puchta sobre el nacimiento del Derecho no nos ilustra en absoluto. Según ésta, la formación del Derecho discurre de forma tan indolora como la lengua o el arte: no requiere pugna, ni lucha, ni tan siquiera búsqueda, sino que es la fuerza de la verdad operando silenciosa, abriéndose camino despacio y sin violencia, pero con firmeza»³⁵.

En esta última fase, Jhering ha terminado rechazando la posibilidad de construir un sistema jurídico. Ni el enfoque propio del *sistema interno* —es en la misma naturaleza del Derecho donde cabe encontrar el principio rector que da orden al conglomerado de preceptos e instituciones— ni el del *sistema externo* —el sistema se logra mediante la imposición de un principio ordenador desde fuera— habían conseguido satisfacer su búsqueda del anhelado criterio. Así las cosas, concluía el último Jhering, lo único que cabe pensar es

³⁴ JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, hrsg. von Christian Helfer, Georg Olms Verlag, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1970, p. 342.

³⁵ JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlín, 1992, p. 12.

que el Derecho se alimenta de *finis sociales contingentes*³⁶. Frente a la creencia en un sistema todopoderoso, que él mismo había compartido antes, el alemán se convenció de que existían casos sin solución. Precisamente, desde este punto de vista, se afanó en la elaboración de un libro de casos prácticos destinado a la docencia del Derecho: *Casos de Derecho civil sin solución*³⁷. Con ello, a la vez que introducía por primera vez el sistema de prácticas en la universidad, llamaba la atención sobre algo que parece negarse desde las teorías de la única respuesta correcta: que el Derecho, en muchas ocasiones, está preñado de una inevitable discrecionalidad.

Así pues, como ya afirmó Hart en el siglo XX, las fuentes del Derecho siempre serán de naturaleza social. El propio Hart se refería al legado del alemán en términos similares a los que acaban de exponerse. En su opinión, sus logros fueron básicamente cinco: 1) haber censurado la consideración de los conceptos en abstracto respecto a las condiciones en las que han de ser aplicados; 2) haber criticado la ceguera frente a los intereses sociales e individuales que deben tenerse en cuenta para la formación de conceptos jurídicos; 3) haber atacado la típica separación conceptualista entre la *esencia* de un concepto y sus *consecuencias* reales; 4) haber denunciado la tendencia a ignorar los propósitos del Derecho; y 5) haber repudiado la equivocada asimilación entre la ciencia jurídica y la matemática³⁸. Con estos ingredientes, Jhering habría logrado atizar una reflexión pragmática sobre el Derecho, que llegaría a influir en el juez Holmes y en Roscoe Pound³⁹. La diferencia con éstos, a su modo de ver, tenía que ver con el destinatario de la crítica: la judicatura en los dos últimos y la Aca-

³⁶ LOSANO, Mario G., «Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre», en AA. VV., *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, hrsg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, pp. 142-154; ID., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., pp. 292-303.

³⁷ JHERING, Rudolf von, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen (Zum akademischen Gebräuch bearbeitet und hrsg. von Rudolf Jhering)*, 2. wesentlich veränderte Aufl., Mauke's Verlag, Jena, 1870.

³⁸ HART, Herbert L. A., «Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence», en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit, pp. 68-78, especialmente 68-69.

³⁹ Vid. POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, vol. I, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey, 2000, pp. 127 ss., 215 ss.; «The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence», *Harvard Law Review*, 25, 1912, pp. 489-516. ID., «The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines», *Harvard Law Review*, 27, 1914, pp. 195-234. La influencia de Jhering puede palparse también, desde el mismo tí-

demia en Jhering. Sea como sea, concluía por fin Hart, este segundo Jhering se acercaba mucho al espíritu de la moderna jurisprudencia analítica: frente a la gestación especulativa de conceptos sin sustento fáctico, había que considerar a éstos en su desenvolvimiento efectivo, como productos íntimamente unidos a la vida real.

Dada la inevitable limitación de espacio, no cabe desarrollar mejor las ideas del segundo Jhering y la crítica desplegada contra sus convicciones juveniles. No obstante, al menos como sugerencia, quizá convenga cuestionarse algunas ideas de las doctrinas principialistas. Si ya hace más de un siglo que el gran conceptualista, Rudolf von Jhering, terminó desechando posiciones que se asemejan tanto a las citadas teorías, ¿no convendría preguntarse si no se estará exagerando con la retórica de los principios? ¿No se habrán replanteado cuestiones que ya tiempo atrás se sostuvieron, y que ya entonces fueron rechazadas? Sorprende que en la historiografía de los últimos años se hayan venido recuperando aspectos del pensamiento de Puchta⁴⁰. Según algunas tendencias, éste habría quedado postergado por una recepción acrítica del segundo Jhering, que vino a orquestar una campaña de descrédito contra la pandectística y que consiguió sepultar una obra rica e inteligente como la de Puchta. Creo que esta relectura de la historia, que corre paralela con el auge de las teorías principialistas, tropieza en errores ya superados. Esperemos que el rumbo vuelva a enderezarse, y que la filosofía jurídica restaure el viejo vínculo perdido entre la sociedad y las fuentes del Derecho.

tulo, en una de sus obras centrales: *The Spirit of the Common Law* [1921], Beacon Press, Boston, 1963.

⁴⁰ Vid. HAFERKAMP, Hans-Peter, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004; MECKE, Christoph-Eric, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, V&R Unipress, Göttingen, 2009; JAKOBS, Horst Heinrich (Hrsg.), *Briefe an Gustav Hugo*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2009.

LA CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO CULTURAL SOBRE LO RELIGIOSO COMO UNA PROPUESTA PARA LA PLENA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS DE ORIGEN MUSULMAN RESIDENTES EN EUROPA

ANDRÉS MURCIA GONZÁLEZ
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:—I. Introducción.—II. El debate acerca de la relevancia de la identidad cultural como elemento necesario para la garantía de la dignidad de las personas.—III. La eventual contradicción entre el derecho cultural sobre lo religioso y la laicidad del Estado.—IV. Las ventajas que la propuesta tendría para la plena inclusión social de las personas de origen musulmán.—V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La diversidad de la población europea es, en la actualidad, un hecho fácilmente contrastable. Si históricamente esta población ha sido especialmente heterogénea, en las últimas décadas, debido en buena medida al fenómeno migratorio, la pluralidad cultural del continente no ha hecho más que incrementarse.

Una parte importante del pluralismo europeo actual viene constituido por las personas procedentes de países islámicos o por descendientes de familias ya asentadas pero con un origen musulmán¹. Aunque

¹ De los cerca de 500 millones de habitantes de la Unión Europea, se estima que entre 15 y 20 millones son musulmanes y, según las proyecciones demográficas del Open Society Institute, esta cifra se incrementará de manera notable en los próximos años.

España no es ajena a este complejo fenómeno, aunque sus efectos no se han hecho notar hasta tiempos muy recientes. Así, si en 1990 residían en nuestro país 407.647 extranjeros, en el año 2008, esta cifra se había incrementado hasta alcanzar los 4,5 millones de personas, con una presencia muy importante de personas de origen marroquí.

la presencia en Europa de personas de este colectivo no es un fenómeno reciente, su integración —objeto de numerosas políticas públicas y reflexiones intelectuales— sigue resultando especialmente difícil.

Algunos hechos de gran relevancia mediática, que han tenido lugar en la última década —los altercados racistas de El Ejido (Almería) en 2000; el asesinato del cineasta Theo Van Gogh en 2004; la crisis de la *banlieue* parisina en 2005; la publicación de las caricaturas de Mahoma en el diario danés *Jyllands— Postem*, ese mismo año; la continua polémica en relación con la limitación del uso del *hiyab* en las instituciones públicas y las iniciativas para la prohibición del *burka*; o la aprobación, vía referéndum, de la propuesta que prohíbe la construcción en el futuro de minaretes en Suiza— sirven para poner de manifiesto el desafío que supone para las sociedades europeas la inclusión, en condiciones de igualdad, de ciertas minorías religiosas.

La dificultad de la integración se ve agravada por las reservas que muchos nacionales manifiestan frente a la población inmigrante y que, además, se acentúan en escenarios de crisis económica como el actual. La desconfianza hacia determinados extranjeros se ve reflejada en los informes estadísticos² y en los importantes éxitos electorales de formaciones populistas de extrema derecha e ideario contrario al islam como el Frente Nacional (FN) en Francia, el Partido de la Libertad (FPÖ) en Austria, el *Vlaams Belang* en Bélgica o la Unión Democrática de Centro (UDC) en Suiza.

A la complejidad del escenario se suma la actitud crítica de ciertos intelectuales para quienes «el pluralismo tiene un límite» que viene determinado, fundamentalmente, por la imposibilidad de habilitar espacios en las sociedades democráticas para las religiones que diluyen la distinción entre «ciudadano» y «creyente». En este sentido, Sartori niega la posibilidad de integración de los musulmanes a través

(EUROSTAT, «EU-27 population continues to grow», *Data in focus*, diciembre de 2009, en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-QA-09-031/EN/KS-QA-09-031-EN.PDF. OPEN SOCIETY INSTITUTE, *Muslims in Europe*, Londres, 2010, pág. 22, en http://www.soros.org/initiatives/home/articles_publications/publications/muslims-europe-20091215/a-muslims-europe-20100302.pdf).

² OBSERVATORIO CONTRA EL RACISMO Y LA XENOFOBIA, *Evolución del racismo y la xenofobia en España. Informe 2009*, Madrid, 2009. En el que se refleja que un porcentaje de la población española considera «excesivo» el número de inmigrantes, definen a la legislación en la materia como «demasiado permisiva» y hacen una evaluación de la diversidad cultural con no muy altos índices de aprobación.

de la ciudadanía pues, en su opinión, otorgarles derechos políticos sólo servirá, con toda probabilidad, «para hacerles intocables en las aceras, para imponer sus fiestas religiosas (el viernes) e incluso, el *chador* a las mujeres, la poligamia y la ablación del clítoris»³.

La renuncia al reconocimiento de la dignidad y los derechos fundamentales de las personas con identidades culturales y/o religiosas distintas a la occidental no es una opción válida desde la ética propia del Estado social y democrático de Derecho, por lo tanto, ante una situación tan crítica como la descrita, es necesario formular algún tipo de propuesta en términos similares a los expresados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Gorzelik y otros contra Polonia*⁴ donde señala que el pluralismo se apoya en el reconocimiento y el respeto auténticos de la diversidad y la dinámica de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y de las creencias religiosas, destacando, además, que la integración armoniosa de las personas y grupos con identidades diferentes es esencial para la cohesión social.

Atendiendo a este objetivo, considero oportuno plantear la conveniencia del reconocimiento de derechos culturales a las minorías religiosas. Para ello, en primer lugar, me referiré de manera muy general a los principales términos del debate en torno a la relevancia de la identidad cultural. En segundo lugar, describiré la problemática que tales derechos podrían plantear desde la perspectiva de la laicidad del Estado y, finalmente, señalaré las posibles ventajas que esta categoría jurídica tendría para aquellos colectivos que hoy encuentran dificultades para el reconocimiento de su plena ciudadanía.

II. EL DEBATE ACERCA DE LA RELEVANCIA DE LA IDENTIDAD CULTURAL COMO ELEMENTO NECESARIO PARA LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS

En relación con el concepto de derecho cultural existe un interesante debate doctrinal que enfrenta a posiciones liberales, por un lado, y a posiciones comunitaristas y multiculturalistas, por otro.

³ SARTORI, G., *La sociedad multiétnica*, Taurus, Madrid, 2001, p. 118.

⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Gran Sala, Sentencia de 17 de febrero de 2004.

Así, para Habermas «los derechos culturales sirven para garantizar a todos los ciudadanos un acceso igualitario a las comunicaciones, tradiciones y prácticas de una comunidad que los mismos ciudadanos consideran necesarias para la conformación y mantenimiento de su correspondiente identidad personal»⁵, mientras que para Ferlito, en una clave más multicultural, «el contenido de estos derechos está determinado por la pertenencia del sujeto a una comunidad de tipo cultural, étnica o religiosa (...) y su función específica reside en la tutela, frente a la cultura dominante, de la identidad del grupo o del sujeto miembro del grupo, no en cuanto individuo aislado, sino en atención a la identidad definida por su pertenencia comunitaria»⁶.

La divergencia entre un concepto y otro tiene su origen en el grado de relevancia que se otorga a la identidad cultural de las personas y, principalmente, en la valoración que se hace de las medidas dirigidas a protegerla.

Para abordar el asunto de la relevancia de la identidad cultural es necesario el análisis de la muy conocida polémica liberal-comunitarista. Entre los distintos elementos de esta polémica resultan de especial interés: las diferentes nociones de sujeto que mantienen y la distinta importancia que cada una de ellas otorga a la comunidad a la hora de hacer juicios morales.

En relación con la noción de sujeto, como elemento central de la polémica, Pérez de la Fuente sostiene que «para una posición liberal, especialmente de base kantiana, la posibilidad de generar enunciados generales neutrales y universales se basa en una determinada concepción del sujeto moral caracterizado por la ausencia de circunstancias contingentes (...) que al no pertenecer al mundo natural-material, ni al social, se convierte en un yo aislado: inmaterial, ahistórico y acultural, sin extensión en el espacio, ni continuidad en el tiempo»⁷. Para Kant la moralidad es a priori y Rawls, a partir de este principio, construye su *Teoría de la Justicia* en la que el sujeto es un individuo ubicado en la *posición original* y cubierto por un *velo de la ignorancia*

⁵ HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», en *Claves de la razón práctica*, n.º 129, enero/febrero, 2003, p. 11.

⁶ FERLITO, S., *Le religión, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2005, pp. 143-144.

⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, Ó., *La polémica liberal comunitarista*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 35-36.

que cumple la función de «anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho»⁸.

La crítica comunitarista parte de una visión diferente, la del sujeto que se constituye socialmente, lo que necesariamente lleva a la afirmación de la relevancia del contexto. Los seres humanos, por lo tanto, serían «seres sociales que constituyen dialógicamente su identidad y orientan su moralidad sobre la base de comprensiones comunes que tienen como fundamento la comunidad»⁹.

Desde este planteamiento, Taylor sostiene la exigencia del reconocimiento de la identidad cultural como elemento necesario para la realización de la persona y para la garantía de su dignidad. Al respecto afirma que «nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de éste; a menudo, también, por el falso reconocimiento de otros, y así, un individuo o grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestra como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo»¹⁰. Por ello, el autor, en su ensayo *La política del reconocimiento*, plantea que «así como todos deben tener derechos civiles iguales e igual derecho al voto, cuales quieran que sea su raza y su cultura, así también todos deben disfrutar de la suposición de que su cultura tradicional tiene un valor»¹¹.

El liberalismo no es, en principio, compatible con la postura comunitarista-multicultural que aboga por reconocer y fomentar la particularidad frente a la exigencia de aquél de que tratemos a las personas de una forma «ciega a la diferencia», como garantía frente a la discriminación. El reproche a este planteamiento es que «niega la identidad cuando constriñe a las personas para introducirlas en un molde homogéneo que no les pertenece de suyo»¹² y que, además, no es neutral sino reflejo de una determinada cultura hegemónica.

⁸ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 135.

⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, Ó., *La polémica liberal comunitarista*, citado, pp. 18-19.

¹⁰ TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 43-44.

¹¹ Ídem, p.100.

¹² Ídem, p. 67.

Desde mi punto de vista, los argumentos expresados por el comunitarismo son convincentes. De hecho cuando se analizan las diferentes Teorías de la Justicia se suele coincidir en el acierto de su crítica al *yo desvinculado*. Aunque en la actualidad el fenómeno de la globalización ha acelerado el flujo de información y ha generado cierta conciencia común frente a los principales desafíos mundiales, las identidades siguen jugando un papel fundamental en el desarrollo de las personas. Estas identidades tanto culturales como religiosas continúan siendo el principal criterio para el establecimiento de los más sólidos vínculos de solidaridad.

Si bien es deseable que estos vínculos se vayan ampliando para poder resolver los retos de nuestro tiempo, no creo que dicha ampliación pueda tener lugar a partir de la ruptura de las personas con su entorno más inmediato. En este sentido, creo que las iniciativas que tratan de compatibilizar las responsabilidades con la comunidad y aquellas que se deberían tener con el conjunto de la humanidad avanzan en el sentido correcto. No estimo conveniente que se promueva una especie de «ciudadanía global» a expensas de la identidad cultural particular, una y otra tendrán que ser compatibles si se quiere formular una propuesta con posibilidades de convertirse en realidad.

Los seres humanos actuamos a partir nuestras experiencias, nuestras creencias y nuestro origen; con estos elementos mantenemos un diálogo y los aceptamos, los rechazamos o, incluso aunque sea un ejercicio inútil, los negamos; pero siempre están presentes y esta continua presencia es suficiente para considerarlos importantes. Es ahí donde reside la relevancia de la identidad cultural.

Aunque los esfuerzos por reprimir las emociones y fomentar las razones son constantes en el ejercicio de desarrollarnos como personas (esfuerzos cuya conveniencia, por cierto, debería ser objeto de un análisis más detallado), es muy difícil no sentirnos maltratados cuando se somete a descrédito aquello que nos constituye.

Así, por ejemplo, cuando se emiten juicios negativos y, generalmente, precipitados en relación con los musulmanes y su valoración de la mujer, el subdesarrollo de sus países, sus ritos sagrados o, incluso, sobre sus restricciones alimenticias; es comprensible que ellos se consideren despreciados. Este sentimiento cierra de inmediato la puerta de la integración y, por el contrario, genera respuestas defensivas.

Frente a esta situación resulta interesante que la *política de reconocimiento* propuesta por Taylor nos invite a que a la hora de enfrentarnos al hecho del pluralismo, partamos de la suposición de igual valor de las diferentes culturas, no sólo dejándolas sobrevivir sino valorando su importancia, pues «aún nos encontramos muy lejos de ese horizonte último desde el cual el valor relativo de las diversas culturas podrá evidenciarse»¹³.

Como herramientas idóneas para la protección de las identidades aparecen los derechos culturales. No se trata de que dichas identidades constituyan un fin en sí mismo, sino que deberían interpretarse, en última instancia, al servicio de la persona.

Buena parte de los elementos identitarios tienen un origen religioso, en este sentido podríamos proponer un derecho cultural sobre lo religioso¹⁴ encaminado a la tutela de la identidad cultural de un individuo o del grupo en el que éste se integra, justificado en el principio de igualdad y en la dignidad de todos los seres humanos. Este derecho contaría con manifestaciones tales como: el reconocimiento de la personalidad jurídica de las respectivas confesiones, el derecho a portar símbolos religiosos, la exención de determinadas obligaciones a partir de las auténticas convicciones del sujeto, la asistencia religiosa en entidades públicas, el derecho a la enseñanza religiosa como hecho cultural, el reconocimiento de efectos jurídicos de determinados actos religiosos (por ejemplo, el matrimonio) o la posibilidad del sacrificio de animales prescindiendo del aturdimiento.

III. LA EVENTUAL CONTRADICCIÓN ENTRE EL DERECHO CULTURAL SOBRE LO RELIGIOSO Y LA LAICIDAD DEL ESTADO

Las reservas frente a un derecho cultural sobre lo religioso pueden ser múltiples pero, quizá, es importante abordar aquella que alude a un eventual conflicto con el principio de laicidad.

¹³ TAYLOR, C, *Multiculturalismo y la política de reconocimiento*, citado, p. 107.

¹⁴ La propuesta del «derecho religioso cultural» es desarrollada por el profesor Dr. Sergio Ferlito, en FERLITO, Sergio, *Le religión, il giurista e l'antropologo*, citado, pp. 135-155.

Para Llamazares la laicidad implica la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, y la neutralidad de los poderes públicos frente a las convicciones de sus ciudadanos. La separación exige: (i) la no intervención en asuntos internos de las iglesias; (ii) la no adopción de decisión alguna por parte del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, por razones religiosas; y (iii) la no atribución de eficacia jurídica a normas confesionales o a negocios jurídicos nacidos al amparo del ordenamiento confesional, salvo que así lo requieran el respeto, protección o promoción de los derechos fundamentales de sus ciudadanos¹⁵. Por su parte, la neutralidad demandaría, en una primera aproximación, que el Estado no emita «juicio de valor alguno, ni positivo, ni negativo, sobre las creencias religiosas de sus ciudadanos, para evitar así el menor atisbo de discriminación de éstos, por razón de sus creencias»¹⁶.

El derecho cultural sobre lo religioso desde la perspectiva de la separación, en mi opinión, no sería susceptible de objeción alguna. Sin embargo, en lo que se refiere a la neutralidad sería necesaria alguna consideración adicional.

En una sociedad liberal, el Estado ha de ser neutral sobre las concepciones del bien de los individuos, tal y como señala Pérez de la Fuente, éste planteamiento conlleva a la necesaria diferenciación «entre la esfera pública, dominada por los principios de la justicia, y la esfera privada, regidas por las concepciones de lo bueno»¹⁷.

En el marco de esta controversia, resultan especialmente interesantes los planteamientos de autores como Dworkin, Habermas, Rawls y Taylor.

Dworkin establece una distinción entre dos tipos de compromiso moral. Un *compromiso sustantivo* que se refiere a las opiniones acerca de la vida buena, y un *compromiso procesal* que establece nuestra disposición a tratarnos recíprocamente en forma equitativa e igualitaria, cualquiera que sea el modo en que concibamos nuestros fines. Para él, una sociedad liberal es aquella que como sociedad no adopta ninguna opinión sustantiva particular acerca de los fines de la vida

¹⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D, *Derecho de Libertad de Conciencia I*, Civitas, Madrid, 2002, p. 53.

¹⁶ Ídem, p. 52.

¹⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, O., *La polémica liberal comunitarista*. citado, pp. 65-66.

buena, por el contrario, es una sociedad que se une en torno al poderoso *compromiso procesal* de tratar a las personas con respeto, con independencia de su *compromiso sustantivo*, como garantía indispensable de la igualdad¹⁸.

El planteamiento de Habermas es, en alguna medida, coincidente con el anterior. Para este autor es importante distinguir entre dos niveles de integración en el marco del Estado democrático de Derecho: la *integración ética* de grupos y subculturas con sus propias identidades colectivas, y la *integración política*, de carácter abstracto, que ha de abarcar a todos los ciudadanos en igual medida, y que se identifica con su noción de *patriotismo constitucional*.

En relación con el nivel de *integración política* se afirma que «desde el punto de vista de la justicia distributiva, el principio de igualdad de trato exige que todos los ciudadanos tengan iguales oportunidades de usar derechos y libertades repartidos de manera igualitaria para realizar sus planes de vida»¹⁹, en la medida en que «la substancia moral de los principios constitucionales está asegurada mediante procedimientos que deben su fuerza legitimatoria a la imparcialidad y a la consideración igualitaria de intereses»²⁰.

Este carácter procedimental del nivel de *integración política* no puede plantearse sin reconocer algún grado de impregnación ética, pero este «contenido ético del patriotismo constitucional no debe menoscabar la neutralidad del ordenamiento jurídico frente a las comunidades integradas éticamente en el nivel subpolítico; debe más bien afinar la sensibilidad para la multiplicidad diferencial y la integridad de las diversas formas de vida coexistentes en una sociedad multicultural»²¹.

Para Habermas, si se rechaza el planteamiento de la neutralidad del Derecho frente a las diferencias éticas, se correría el riesgo cierto

¹⁸ DWORKIN, R., «Liberalism», *Public and Private Morality*, Stuart Hampshire, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1978, según cita: TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, citado, p. 85.

¹⁹ HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», en *Claves de la razón práctica*, n.º 129, citado, p. 11.

²⁰ Ídem, p. 10.

²¹ HABERMAS, J., «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de Derecho», en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 214.

de que la cultura mayoritaria se haga con los privilegios estatales en perjuicio de la igualdad de derechos. En este sentido conviene tener presente que «la neutralidad del Derecho frente a las diferencias éticas en el interior se explica por el hecho de que en las sociedades complejas la ciudadanía no puede ser mantenida unida mediante un consenso sustantivo sobre valores, sino a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder»²².

El argumento a favor de la neutralidad tiene directas consecuencias sobre la actitud que el Estado debe asumir en relación con la protección de las culturas. La salvaguarda de las formas de vida que configuran las identidades no puede asumir de ningún modo «el sentido de una protección administrativa de las especies». En este planteamiento lo que procede es no obstaculizar que se mantengan aquellas tradiciones que continúen vinculando a sus miembros, siempre que «se sometan a un examen crítico y dejen a las generaciones futuras la opción de aprender de otras tradiciones o de convertirse a otra cultura y de zarpar hacia otras costas»²³.

Rawls en el *Liberalismo político* alude a los conceptos de *neutralidad procedimental* y de *neutralidad de propósito*. La *neutralidad procedimental* sería aquella que hace referencia a un procedimiento que pueda ser justificado, o legitimado, sin necesidad de apelar a ningún valor moral, o apelando a valores en sí mismos neutrales como: la imparcialidad, la consistencia en la aplicación de los principios generales a todos los casos razonablemente similares y la igualdad de oportunidades. La *neutralidad de propósito*, por su parte, significaría que las instituciones y las políticas son neutrales «en el sentido de que pueden ser respaldadas por el común de los ciudadanos por caer dentro de la concepción de una concepción política pública. Así, la neutralidad puede significar, por ejemplo: a) que el Estado debe asegurar a todos los ciudadanos iguales oportunidades de promover cualquier concepción del bien libremente afirmada por ellos; b) que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina comprensiva particular en detrimento de otras, o de prestar más asistencia a quienes la abracen; o, c) que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que aumente la probabilidad de que los individuos acepten una doctrina

²² Ibídem.

²³ Ídem, p. 210.

particular en detrimento de otras (a no ser que se tomen simultáneamente medidas que anulen, o compensen, las políticas que así lo hagan)»²⁴.

En relación con estos posibles significados de neutralidad, el autor sostiene que la *justicia como equidad* «aspira a satisfacer la neutralidad de propósitos, en el sentido de que las instituciones básicas y las políticas públicas no han de estar concebidas para favorecer a ninguna doctrina comprensiva particular»²⁵.

Frente a estos planteamientos de la neutralidad, los comunitaristas formulan varias críticas en el sentido de que sería deseable la promoción de una política del bien común.

El planteamiento procedimental de Dworkin o Habermas que presume de neutralidad, no deja de ser una construcción necesariamente occidental que, difícilmente, puede resultar asumible para aquellos individuos o comunidades que no comparten la misma tradición; por ello, difícilmente servirá para la gestión de la diversidad cultural presente en las sociedades europeas.

Frente a los principios de justicia propuestos por Rawls se considera que implican, en sí mismos, una concepción fuerte del bien. En este sentido es rescatable la afirmación de Taylor de que «el liberalismo no constituye un posible campo de reunión para todas las culturas, sino que es la expresión política de cierto género de culturas, totalmente incompatible con otros géneros»²⁶.

Llegados a este punto resultan también interesantes las aportaciones de Young quien frente a las sociedades multiculturales identifica un *ideal de asimilación* y una *política de la diferencia*. El *ideal de asimilación* partiendo de la igual categoría de todas las personas ofrece un tratamiento de todas ellas de acuerdo con los mismos principios, reglas y criterios. Por el contrario, la *política de la diferencia* sostiene que «la igualdad como participación e inclusión de todos los grupos requiere a veces un tratamiento diferente para los grupos oprimidos o desaventajados.»²⁷

²⁴ RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 225-227.

²⁵ Ídem, p. 228.

²⁶ TAYLOR, C., *Multiculturalismo y la política de reconocimiento*, citado, p. 92.

²⁷ YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia*, cátedra, Madrid, 2000, p. 266.

La segunda opción resultaría preferible a partir de tres argumentos que ponen de manifiesto que la *ceguera ante la diferencia* conlleva: (i) Una situación de desventaja para los grupos cuya experiencia cultural y capacidades socializadas difieren de las que tienen los grupos privilegiados, pues la asimilación necesariamente implica incorporarse a un juego con las reglas ya establecidas; (ii) la ignorancia por parte de los grupos privilegiados de su propia especificidad pues sus características particulares se asumen como neutrales; y (iii) el desprecio por los grupos que se desvían de un criterio supuestamente neutral que, además, produce una desvaloración internalizada por parte de los miembros de esos mismos grupos²⁸.

La autora, siguiendo a Martha Minow, en relación con su propuesta identifica el denominado *dilema de la diferencia* que se refiere a que «las reglas y políticas formalmente neutrales que ignoran las diferencias de grupo a menudo perpetúan las desventajas de aquellas personas cuya diferencia se define como desviada, pero al centrarse en la diferencia se corre el riesgo de recrear el estigma con que ha cargado la diferencia en el pasado»²⁹. Dilema que sólo puede resolverse satisfactoriamente a través de una lucha política que permita que las necesidades e intereses de los menos favorecidos sean tenidos en cuenta en las instancias públicas de decisión.

Un derecho cultural sobre lo religioso, desde mi punto de vista, no implica, necesariamente, un trato favorable a ninguna concepción religiosa en particular; simplemente se limita a reconocer las especificidades de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran, en relación con su identidad cultural. Reconocer la especificidad cultural no tiene que ser equivalente a una acción en detrimento de las restantes doctrinas omnicomprensivas presentes en la sociedad. En realidad de lo que se trata es de establecer protecciones frente a la imposición de los criterios mayoritarios que, por lo general, termina dando lugar a fenómenos de exclusión que no sólo son rechazables desde la perspectiva de la igualdad sino desde la garantía de la dignidad de la persona. Por citar sólo un ejemplo, el hecho de aceptar que una alumna acuda por su propia voluntad con el velo islámico a un centro educativo, no significa una ruptura de la neutralidad estatal ni un perjuicio para los ciudadanos de otras confesiones; por el con-

²⁸ Ídem, pp. 277-278.

²⁹ Ídem, p. 284.

trario, una acción de prohibición sí materializa una apuesta decidida por un laicismo intolerante con el hecho religioso que va más allá de los límites permitidos constitucionalmente en relación con el derecho de libertad de conciencia³⁰.

IV. LAS VENTAJAS QUE LA PROPUESTA TENDRÍA PARA LA PLENA INCLUSIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS DE ORIGEN MUSULMÁN

En relación con los derechos culturales se ha esgrimido la posible redundancia en su función, pues los intereses protegidos podrían encontrar cobertura a través de la ampliación de los derechos individuales tradicionales o de la atribución de derechos colectivos.

En relación con este asunto, es destacable la posición de Facchi, para quien, si bien es posible responder a las demandas de las sociedades multiculturales a través de interpretaciones amplias de la libertad y de la igualdad abiertas a la diferencia, esto no es siempre viable, siendo relevante la noción de derechos culturales en la medida en que interviene sobre todo en el *plano de la justificación*, y cita como ejemplo que «el financiamiento público de escuelas minoritarias o la norma que sustrae del régimen común de determinado comportamiento con valencias culturales pueden ser justificables a través de una interpretación amplia del derecho a la igualdad (...) pero también como incompatibles con éste y justificables solamente a través de un derecho a la protección y valorización de la identidad cultural»³¹.

Si los derechos a los que nos referimos permiten la correcta justificación de determinadas medidas encaminadas a la protección de

³⁰ En este sentido resulta interesante la reflexión de Habermas quien afirma que: «En Francia (...) se prohibió a las alumnas musulmanas que portaran el pañuelo con el argumento laicista de que la religión tiene que ser un asunto privado situado fuera de la esfera pública. Este es el caso de una comprensión constitucional de tipo laicista que tiene que plantearse si la tradición interpretativa republicana dominante en Francia es tan `fuerte' que ya estaría violando la obligada neutralidad del Estado frente a la legítima pretensión de una minoría religiosa a presentarse a sí misma y a obtener un reconocimiento público». En: HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», en *Claves de la razón práctica*, n.º 129, citado, pp. 10-11.

³¹ FACCHI, A., *Los derechos en la Europa multicultural*, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 18.

la identidad cultural y de la dignidad de las personas pertenecientes a las minorías, sin que impliquen una acción contraria al principio de igualdad, su configuración en los ordenamientos jurídicos de las actuales sociedades multiculturales es deseable.

Para muchos musulmanes las creencias religiosas son un elemento fundamental de su identidad pero, a su vez, suelen ser un motivo para la exclusión en los países de destino. Si se adoptan políticas sensibles a la diferencia, esta situación injustificable puede remediarse en alguna medida y los beneficios derivados de una acción en tal sentido, no se agotan en los miembros de la minoría cuya especificidad cultural se reconoce sino en el conjunto de la sociedad que podrá ver favorecidos sus niveles de cohesión.

En todo caso, el debate no se agota en estas reflexiones, las controversias son profundas y afectan a los fundamentos del liberalismo como principal teoría de la justicia de las democracias occidentales. No obstante, es importante poner de manifiesto que el elemento religioso es un componente fundamental de las identidades culturales de muchos individuos que hoy residen en países europeos y que, a pesar de su importancia, no es protegido de manera suficiente, siendo, por el contrario, utilizado como factor de exclusión. Sin lugar a dudas, esta situación obedece a deficiencias en la interpretación de la tolerancia como un auténtico principio normativo pero también a las limitaciones de los tradicionales instrumentos de garantía de la igualdad que, en materia religiosa, se han venido articulando a través de la libertad de conciencia. Esta libertad como derecho de abstención, ante el hecho del pluralismo, tendría que verse reconfigurado, siendo, quizás, deseable que se tomaran en consideración los planteamientos en favor de un derecho cultural sobre lo religioso.

BIBLIOGRAFÍA

- CELADOR ANSÓN, Óscar, *El Derecho de libertad de Cátedra*, BOE, Madrid, 2007.
- FACCHI, Alessandra, *Los derechos en la Europa multicultural*, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005.
- FERLITO, Sergio, *Le religión, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino Editore, Catanzaro, 2005.
- HABERMAS, Jürgen, «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», en *Claves de la razón práctica*, n.º 129, enero/febrero, 2003.

- «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de Derecho», en *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 2002.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho de Libertad de Conciencia I*, Civitas, Madrid, 2002.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *La polémica liberal comunitarista*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, n.º 35, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2005.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996.
- SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica*, Taurus, Madrid, 2001.
- TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, cátedra, Madrid, 2000.

SOBRE ALGUNAS CONCEPCIONES DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CULTURA JURÍDICA NORTEAMERICANA¹

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid²

SUMARIO:—1. Introducción.—2. El enfoque del *originalismo*. La jurisprudencia entre los límites de la comprensión original de la Constitución: 2.1. No se trata de intención subjetiva, sino de comprensión objetivada del texto; 2.2. Es la comprensión original, no es la comprensión actual. ¿Está viva la Constitución?; 2.3. Los jueces no son legisladores, ni deben resolver según sus preferencias morales particulares, ni basarse en la filosofía moral.—3. El enfoque del Derecho como integridad. La jurisprudencia como lectura moral y basada en principios de la Constitución: 3.1. El Derecho como actividad interpretativa. El papel de los principios morales en la toma de decisiones judiciales; 3.2. El objetivismo moral. La tesis de una única respuesta correcta.—4. El enfoque del pragmatismo jurídico. La jurisprudencia como toma de decisiones instrumental y prospectiva; 4.1. La jurisprudencia pragmática como un instrumentalismo, orientado al futuro, antiformalista; 4.2. Crítica del moralismo académico. El (no) papel de la teoría moral en las decisiones judiciales.—5. Algunas conclusiones. Sobre cómo interpretar la Cláusula de igual protección.

¹ Agradezco los comentarios y sugerencias de Rafael de Asís, Javier Ansuátegui, María del Carmen Barranco y Oscar Celador. Comunicación presentada a la III Jornada Científica del I Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid: «*Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho: Interculturalidad y fuentes del Derecho: concepciones de las fuentes del Derecho en las diferentes civilizaciones jurídicas*». Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» CSD2008-00007. Y en el marco del proyecto de investigación «Historia de los Derechos Fundamentales», S. xx, cuya referencia es DER2008-03941.

² Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. E-mail:oscar.perez@uc3m.es

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de estas líneas será exponer, de forma muy sintética, algunas concepciones sobre la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana. Esto se vincula también a la noción de Constitución como fuente de Derecho, analizando el papel que deben tener de los jueces en la interpretación del Derecho. Estas concepciones son el *originalismo*, que defiende una comprensión original de la Constitución, el *Derecho como integridad*, que sostiene una lectura moral basada en principios de la Constitución, y el *pragmatismo jurídico*, que afirma una adjudicación instrumental orientada al resultado y basada en directrices políticas. La tesis de fondo del enfoque propuesto es que, pese a la cercanía con el formalismo en la concepción dominante de la jurisprudencia en la cultura jurídica de los países del *Civil Law*, estas concepciones de la jurisprudencia que se analizan presentan una gama de problemas relevantes para aproximarse al fenómeno jurídico, en especial, para la interpretación de los casos constitucionales controvertidos³.

2. EL ENFOQUE DEL ORIGINALISMO. LA JURISPRUDENCIA ENTRE LOS LÍMITES DE LA COMPRENSIÓN ORIGINAL DE LA CONSTITUCIÓN

Existe una concepción del papel de los jueces en un Estado constitucional que sostiene que la jurisprudencia debe basarse en una comprensión original del texto constitucional y, por extensión, de los textos legislativos. Esta teoría recibe el nombre de *originalismo*, *intencionalismo*, *interpretativismo*, o *textualismo*. En el contexto norteamericano es defendida por autores como Bork o Scalia. Esta perspectiva parte de situarse en el dilema *madisoniano* donde existe la tensión entre el autogobierno democrático, en el que gobiernan las mayorías, y la libertad individual donde se sitúan los derechos de las minorías. El dilema surge, como apunta Bork, porque no se le puede confiar ni a la mayoría, ni a la minoría la defi-

³ Un interesante estudio sobre esta cuestión Vid. DORADO PORRAS, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Cuadernos Bartolome de las Casas, núm. 3, Dykinson, 1997.

nición de las esferas adecuadas de la autoridad democrática y de la libertad individual.⁴ Esta es la función de la Constitución. La clave de esta posición es que los jueces deben «aplicar la Constitución de acuerdo con los principios pretendidos por aquellos que ratificaron el documento.»⁵ Es una determinada interpretación de la teoría de los frenos y contrapesos, del papel de las mayorías y minorías, tras la que subyace la noción de precompromiso implícita en la Constitución. Esta visión originalista busca la fidelidad al texto constitucional, como la adecuada tarea de la jurisprudencia. Esta perspectiva, en la dilatada historia constitucional norteamericana, ha recibido algunas críticas por su conservadurismo, indeterminación o formalismo.

2.1. No se trata de intención subjetiva, sino de comprensión objetivada del texto

Una visión ingenua sobre el *originalismo* lo sitúa con una posición que defiende la interpretación del texto según las intenciones subjetivas de quienes lo ratificaron. Sin embargo, tanto Bork como Scalia se separan de esta visión. El Derecho es un acto público que se expresa en palabras, que deben ser comprendidas según su significado ordinario. Las intenciones o reservas secretas no cuentan para nada.⁶ Como afirma Scalia, no se busca la intención subjetiva legislativa, se busca un tipo de intención objetivada —la intención que una persona razonable podría deducir del texto de la ley, situada al lado del resto de *corpus juris*—. ⁷

El Derecho, según esta perspectiva, es una cuestión de interpretación pero de disposiciones constitucionales o legislativas, no es un juicio de intenciones sobre los legisladores. En este sentido, Scalia afirma que «es la esencia del famoso ideal americano expuesto en la constitución de Massachusetts: *Un gobierno de las leyes, no de los*

⁴ BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, Simon & Schuster, New York, p. 139.

⁵ BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit., p. 143.

⁶ BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit., p. 144.

⁷ SCALIA, A., «Common-Law Courts in a Civil-Law System: The role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws», en SCALIA, A. (ed.), *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1997, pp. (3-48) 17.

hombres. Los hombres pueden tener las intenciones que quieran, pero es sólo por las leyes que ellos promulgan que nos obligan a nosotros.»⁸

2.2. Es la comprensión original, no es la comprensión actual. ¿Está viva la Constitución?

«*We the People*», así empieza el texto constitucional vigente más antiguo del mundo que data del siglo XVIII. ¿Puede un texto jurídico de hace cuatro siglos, aunque haya sido enmendado en alguna ocasión, dar respuestas adecuadas a los problemas actuales de los ciudadanos norteamericanos? El *originalismo* sostiene obviamente que sí, pero añade, además, que debe seguirse la comprensión original de la Constitución. Esto no supone, según Bork, una Constitución rígida o una jurisprudencia mecánica. De hecho, controla el proceso de crecimiento de la doctrina constitucional en formas que preservan la integridad y relevancia del documento.⁹

La Gran División en las perspectivas de la interpretación constitucional, explica Scalia, no es entre la intención de los Fundadores y el significado objetivo, sino más bien entre el significado *original* (ya sea derivada de la intención de los Fundadores o no) y el significado *actual*. La creciente escuela de interpretación constitucional afirma la existencia de lo que es denominado una Constitución viva —*the living Constitution*—, un cuerpo de derecho que (no como las leyes normales) crece y cambia de época a época, en orden a encontrar las necesidades de una sociedad cambiante.¹⁰

La cuestión de si el significado de un texto jurídico permanece, evoluciona o cambia con el tiempo puede abordarse desde varias perspectivas. Una es la que Sunstein denomina *originalismo en sentido fuerte*, que se correspondería con hacer algo así como ir atrás con una máquina del tiempo y preguntar a los Fundadores cuestiones muy específicas sobre cómo debemos resolver problemas particula-

⁸ SCALIA, A., «Common-Law Courts in a Civil-Law System: The role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws», op. cit., p. 17.

⁹ BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit., p. 167.

¹⁰ SCALIA, A., «Common-Law Courts in a Civil-Law System: The role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws», op. cit., p. 38.

res¹¹. En cambio, al *originalismo en sentido débil*, explica Sunstein —que considera un valioso proyecto— le importa mucho lo que la historia muestra; pero el originalista en sentido débil tomará la comprensión de los Fundadores a un cierto nivel de abstracción y generalidad¹². Con esta clasificación, Sunstein, atribuye a Bork sostener el *originalismo en sentido fuerte*, aunque este último explícitamente niega identificarse con esta posición¹³. Sin embargo, alude a la división de esferas de los Fundadores donde ámbitos enteros de problemas se situarían fuera de los límites de los jueces preservando la democracia en aquellas áreas que estaba previsto el gobierno democrático¹⁴. Este precisamente es el principal defecto teórico del no originalismo, según Scalia, el principio que legitima la revisión judicial de constitucionalidad. Y se pregunta «¿Si la Constitución no era ese tipo de «Derecho» sino una invitación novedosa a aplicar los actuales valores sociales, qué razón existiría para creer que esa invitación estaba dirigida a los tribunales más que a las legislaturas?»¹⁵.

2.3. Los jueces no son legisladores, ni deben resolver según sus preferencias morales particulares, ni basarse en la filosofía moral

La filosofía del *originalismo* se basa en un fuerte compromiso con la separación de poderes donde la política es el ámbito de las legislaturas y el derecho es el ámbito de los jueces. La jurisprudencia debe implementar las decisiones políticas tomadas por los ratificantes de la Constitución y los legisladores actuales, pero no debe elegir resultados políticos¹⁶. Desde esta perspectiva, Bork sostiene que los jueces deben evitar ser legisladores, evitar hacer valer sus propias predilecciones morales y deben asegurar que la Constitución es Derecho¹⁷.

¹¹ SUNSTEIN, C. «Five Theses on originalism», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 19, 1995-1996, pp. (311-315) 312.

¹² SUNSTEIN, C., «Five Theses on originalism», op. cit., p. 313.

¹³ BORK, R., «Original intent», *The Judges Journal*, núm. 26, 1987, pp. (13-17) 15.

¹⁴ BORK, R., «Original intent», *The Judges Journal*, op. cit., p. 15.

¹⁵ SCALIA, A., «Originalism: The lesser evil», *Cincinnati Law Review*, núm. 57, 1989, pp. (849-865) 854.

¹⁶ BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit., p. 177.

¹⁷ BORK, R. H., «Original intent», *The Judges Journal*, op. cit., p. 17.

El *originalismo* sería una versión del formalismo, que se opondría al realismo jurídico y al pragmatismo jurídico, pero también a la versión del *derecho como integridad* que representa Dworkin. En este sentido, Bork sostiene que lo que es importante sobre los no originalistas no es que añadan la filosofía política, sino que la filosofía política desplaza las fuentes tradicionales como el texto y la historia y que se presenta para ellos como no importante¹⁸. De una forma más irónica, Scalia, que se refiere a los que pretenden vincular los ámbitos del derecho constitucional y la filosofía moral, se pregunta: «¿Están los «valores fundamentales» que reemplazan el significado original derivados de la filosofía de Platón, o de Locke, o de Mill, o Rawls o quizá de la última encuesta de Gallup?»¹⁹.

3. EL ENFOQUE DEL *DERECHO COMO INTEGRIDAD*. LA JURISPRUDENCIA COMO LECTURA MORAL Y BASADA EN PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN

Una concepción diferente es el enfoque del Dworkin que propone una lectura moral de la Constitución. Esto implica que la fidelidad a la Constitución y al Derecho *demanda* que los jueces hagan juicios contemporáneos de moralidad política y, por tanto, propicie una exposición abierta de las verdaderas bases del enjuiciamiento, en la esperanza que los jueces construirán sinceros argumentos de principio que permitirán al público unirse al argumento²⁰. De forma sintética, esto supone vincular Derecho Constitucional y Filosofía moral en el proceso de decisión judicial y, específicamente, supone una lectura abstracta de la Constitución, donde se provea de razones argumentativas para los principios morales explícitos o implícitos en el texto. Esto es relevante porque desde su perspectiva se defiende la doctrina de los *derechos no enumerados*²¹,

¹⁸ BORK, R.H., «Styles in constitutional theory», *South Texas Law Journal*, núm. 26, 1985, pp. (383-395) 394.

¹⁹ SCALIA, A., «Originalism: The lesser evil», op. cit., p. 855.

²⁰ Desde esta perspectiva, Dworkin critica a los jueces originalistas que pretenden hacer interpretación constitucional desde estrategias neutrales ya que pretenden ocultar la inevitable influencia de sus propias convicciones incluso para ellos mismos. Las bases reales de la decisión en esos casos son ocultadas de la inspección pública legítima y del debate público valioso. DWORKIN, R., *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 37.

²¹ Es la traducción de *unenumerated rights*.

que surgirían de principios latentes en la Constitución, interpretada como un todo, en base a principios, pero que no aparecen explicitados en la misma²².

3.1. El Derecho como actividad interpretativa. El papel de los principios morales en la toma de decisiones judiciales

Partiendo de una noción interpretativista del Derecho, Dworkin considera que en la tarea de resolver casos, los jueces conciben que el Derecho se compone de principios además de reglas. La cuestión es que en los principios, por su estructura, no se distingue claramente entre juridicidad y moralidad. Según esta perspectiva, los principios forman parte de la comunidad y deben ser interpretados de forma coherente con el valor de la integridad en el Derecho, elemento central de su teoría. En una expresión que ha tenido éxito, Dworkin considera que la integridad requiere que el Derecho hable con «una única voz.»²³ Otros valores relevantes en la visión interpretativa del Derecho son la justicia, la imparcialidad y el debido proceso. Las conclusiones de este enfoque serían que la Teoría moral juega un papel muy relevante en la concepción interpretativista del Derecho que busca explicar cómo deciden los jueces en los casos que se les presentan.

Es relevante para su controversia con el *pragmatismo jurídico*, la distinción que realiza Dworkin entre principios y directrices políticas. Los principios son estándares que han de ser observados por ser una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Mientras que las directrices políticas —*policies*— son estándares que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún aspecto económico, político y social de la comunidad²⁴.

²² Entre los derechos no enumerados y derechos constitucionales creados por los jueces están: el derecho al aborto, a utilizar contraceptivos, derecho a votar, a casarse, a viajar entre estados, a vivir en la familia extendida de uno, a educar a los niños de uno privadamente en escuelas según sus criterios educacionales, y asistir a escuelas no segregadas racialmente DWORKIN, R., *Freedom's Law*, op. cit., p. 53. Como es obvio el originalismo se opone a la doctrina de los derechos *no enumerados*.

²³ DWORKIN, R., *Law's Empire*, op. cit., p. 218.

²⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, traducción de Marta Guastavino, p. 72.

La argumentación del *Derecho como integridad* considera que el Estado de Derecho, según esta concepción, enriquece la democracia añadiendo un foro independiente de principio, y esto es importante, no sólo porque la justicia puede realizarse allí, sino porque el foro confirma que la justicia es, al final, un asunto de derecho individual, y no independientemente un asunto del bien público. Las decisiones de este foro de principio, la Corte Suprema, deben realizarse elaborando y aplicando la teoría sustantiva de la representación sostenida en el principio básico de que el gobierno debe tratar a las personas como iguales²⁵.

3.2. El objetivismo moral.

La tesis de una única respuesta correcta

Para sostener este optimismo sobre las posibilidades de la teoría moral, su perspectiva tiene fuertes implicaciones epistemológicas y metaéticas. En este sentido, Dworkin defiende una versión del objetivismo moral, que califica de *realismo minimalista*, que tiene como poderosa consecuencia que la moralidad es «una dimensión independiente, distinta de nuestra experiencia y ejerce su propia soberanía.»²⁶ Dworkin expone argumentos contra el escepticismo interno y externo, la tesis del *pluralismo de valores*²⁷ y finalmente realiza una explícita defensa de su conocida tesis de que los casos judiciales tienen una *única respuesta correcta*. Esta tesis es uno de los puntos más polémicos de su teoría.

Este planteamiento parte de considerar una noción de objetividad, interna a la práctica jurídica, que es distinta de una visión que apele a valores externos que corroboren la verdad de las proposiciones, en una posición de objetividad externa. Esta perspectiva dworkiniana de la interpretación se basa en una concepción que asume la verdad como coherencia. De esta forma, se produce un debate con Fish que critica esta visión de la interpretación ya que no le separaría nada de la creación. La réplica de Dworkin es que, dentro de la práctica, existen unos criterios que determinan la corrección de una proposición sobre la base de una noción interna de objetividad. El escéptico interno sostiene

²⁵ DWORKIN, R., *A matter of principle*, Harvard University Press, 1985, p. 69.

²⁶ DWORKIN, R., «Objectivity and Truth: You'd better believe it», *Philosophy and Public Affairs*, núm. 25, 1996, pp. 98-99, p. 128.

²⁷ DWORKIN, R., «Do liberal values conflict?», en LILLA, Mark; DWORKIN, Ronald; SILVERS, Robert (eds) *The legacy of Isaiah Berlin*, New York Review of Books, New York, 2001, pp. 73-90.

ne que, dentro de la práctica, no se puede saber si una respuesta es mejor que otra. El argumento contra esta posición de Dworkin sostendría que llegar a esa conclusión escéptica es, en sí misma, una posición moral tan controvertida como las que quiere rebatir. Desde este punto de vista, sostiene que «la cuestión de lo que la «independencia» y «realidad» es, para cualquier práctica, una cuestión interna a esa práctica, por tanto, que cualquier juicio moral pueda ser objetivo es, en sí mismo, una cuestión moral, y si existe objetividad en la interpretación es, en sí misma, una cuestión de interpretación. Esto amenaza en convertir el escepticismo, no en inevitable, sino en imposible.»²⁸ El optimismo del Dworkin, sobre la única respuesta correcta para los casos judiciales tiene, además, un argumento de apoyo en las dimensiones de la empresa jurídica, donde los jueces deben siempre decidir entre opciones contrapuestas, justificando sus decisiones. Según su visión, el *Derecho como integridad* se ajusta mejor que las visiones rivales, en las dimensiones de encaje y moralidad política²⁹, a la práctica del día a día de los jueces en la vida norteamericana actual.

4. EL ENFOQUE DEL PRAGMATISMO JURÍDICO. LA JURISPRUDENCIA COMO TOMA DE DECISIONES INSTRUMENTAL Y PROSPECTIVA

Un tercera concepción sobre la jurisprudencia considera que los jueces no deben guiarse tanto de los precedentes, ni de la filosofía moral, sino más bien deben centrarse en las consecuencias de sus decisiones. Esta visión es defendida con la denominación de *pragmatismo jurídico* por autores como Posner y Sunstein. Los adjetivos que definirían este enfoque pragmático serían «práctico, instrumental, prospectivo, activista, empírico, escéptico, antidogmático y experimental.»³⁰ Para marcar su perfil respecto de las otras concepciones analizadas, el *pragmatismo jurídico* es, por un lado, contrario al formalismo de la visión de la *comprensión original* y, por otro lado, es contrario al fundacionalismo implícito en la noción de objetivismo moral que subyace al *Derecho como integridad*, y especialmente a la tesis de la *única respuesta correcta*. Como la famosa frase del Juez Holmes, que los pragmáticos jurídicos reivindican, «el Derecho no es lógica, es experiencia».

²⁸ DWORKIN, R., *A matter of principle*, op. cit., p. 174.

²⁹ DWORKIN, R., *A matter of principle*, op. cit., p. 143.

³⁰ POSNER, R., *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, p. 11.

4.1. La jurisprudencia pragmática como un instrumentalismo, orientado al futuro, antiformalista

Para comprender adecuadamente el pragmatismo jurídico es necesario apreciar que toda su perspectiva se basa en una noción *instrumental* del conocimiento y del Derecho. Esto significa que está orientado al resultado y no tanto en respetar los precedentes judiciales del pasado o la integridad de la doctrina. La pregunta clave para un pragmático es «¿Qué funciona?» y no se pregunta, como haría un formalista, «¿Qué reglas y puntos de vista forman conexiones en una cadena lógica de una fuente autorizada del Derecho que nadie desafía?»³¹ Aunque Posner admite que, en ocasiones, es instrumentalmente valioso seguir los precedentes³², sostiene que «un juez pragmático siempre intenta hacer lo mejor que puede para el presente y el futuro, sin restricción de sentir un deber para asegurar consistencia con el principio de lo que otros funcionarios hayan hecho en el pasado.»³³

En lugar de fundacionalismo y formalismo, afirma Cotter, los pragmáticos abogan, como método para encontrar sus decisiones, por un concepto intrincado por el término aristotélico de «razón práctica» (*phronesis*)³⁴. Desde esta perspectiva, Posner afirma que el Derecho es una actividad, más que un concepto o un grupo de conceptos. No existe por más tiempo un sentido útil en que el Derecho

³¹ POSNER, R., *Overcoming Law*, op. cit., p. 399.

³² Posner afirma que «El pragmatista no es desinteresado en decisiones pasadas, en leyes, y demás. Lejos de eso, por una parte, éstos son repositorios de conocimiento, incluso, a veces, de sabiduría, y sería tonto ignorarlos incluso si no tienen significado de autoridad. Por otro lado, una decisión que desestabiliza el derecho —apartándose demasiado abruptamente del precedente— tendría, en balance, malos resultados.» POSNER, R., «Pragmatic adjudication», *Cardozo Law Review*, núm. 18, 1996-1997, pp. (1-20) 5.

³³ POSNER, R., «Pragmatic adjudication», op. cit., p. 4. Es interesante que en la descripción que hace Dworkin del pragmatismo jurídico incluye algunos matices distintos que la formulación que realiza el propio Posner: Según Dworkin «El pragmático piensa que los jueces deben siempre hacer lo mejor que puedan para el futuro, en las circunstancias, sin restricción de ninguna necesidad de respeto o aseguramiento de la consistencia de principio con lo que otros funcionarios han hecho o harán» DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1991, p. 161.

³⁴ COTTER, Th., «Legal pragmatism and the Law and Economics Movement», *Georgetown Law Journal*, núm. 84, 1995-1996, p. (2071-2141) 2086. He analizado la noción de razón práctica aristotélica en la resolución de casos judiciales en PÉREZ de la FUENTE, O., «Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 15, 2007. Disponible en <http://www.uv.es/CEFD/15/PÉREZdelafuente.pdf>.

es interpretativo. La esencia de la realización de una decisión interpretativa es considerar las consecuencias de las decisiones alternativas. No existen interpretaciones «lógicamente» correctas; la interpretación no es un proceso lógico³⁵. Esta visión separa al *pragmatismo jurídico* del *originalismo* y del *Derecho como integridad* ya que el primero deriva la jurisprudencia de una *comprensión original* del texto constitucional y el segundo, de una lectura moral, basada en principios de la Constitución. Las críticas que recibe el pragmatismo jurídico, explica Farber, desde posiciones liberales, es que adoptando el criterio «*aquello que funciona*», parece reforzar los valores sociales existentes, Desde posiciones conservadoras, se le critica, por el contrario, que invita al activismo judicial, donde las decisiones pueden convertirse en impredecibles, o al menos, desacopladas de las fuentes de legitimidad como el precedente y los textos³⁶.

4.2. Crítica del moralismo académico. El (no) papel de la teoría moral en las decisiones judiciales

Partiendo de una premisa metaética que denomina *escepticismo moral pragmático*, que se aproxima a un subjetivismo moral³⁷, Posner está en abierta oposición a lo que denomina *moralismo académico* y su producto intelectual, la Teoría moral³⁸. En concreto, su punto fuerte, es que lo jueces no utilizan, de hecho, la Teoría moral, por demasiado abstracta, para resolver casos judiciales y que no deben tomar partido en asuntos morales controvertidos³⁹.

³⁵ POSNER, R., *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 459-460.

³⁶ FARBER, D., «Reiventing Brandeis: Legal pragmatism for the twenty first century», *University of Illinois Law Review*, vol. 1995, num. 1, 1995, pp. (163-90) 170.

³⁷ Según Posner, la tesis del subjetivismo moral sostendría que un individuo actúa inmoralmemente sólo cuando actúa contrariamente a cualquiera que sea la moralidad que ha adoptado para sí mismo. POSNER, R., «The problematics of moral and legal theory», *Harvard Law Review*, vol. 111, núm. 7, 1998, pp. (1637-1717) 1643.

³⁸ Entre los representantes de este moralismo académico estarían filósofos de hoy en día como Elisabeth Anderson, Sissela Bok, Ronald Dworkin, David Gauthier, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, Matha Nussbaum, John Rawls, Joseph Raz, y Judith Jarvis Thompson. POSNER, R., «The problematics of moral and legal theory», op. cit., pp. 1640.

³⁹ POSNER, R., *The problematics of moral and legal theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 115.

De esta forma, Posner sostiene que «los asuntos morales puede ser elididos o refundidos como asuntos de interpretación, competencia institucional, política práctica, separación de poderes, *stare decisis* (decisiones de acuerdo con un precedente) o tratados como una razón convincente para la abstención judicial⁴⁰. Pero mientras Dworkin enfatizaba el papel de los principios, que deben interpretarse conforme a la noción de integridad, Posner insiste en las directrices políticas —*policies*—⁴¹. De esta forma, en un artículo en homenaje a Dworkin, Posner trazaba lo que consideraba el mayor desacuerdo entre sus visiones: «la diferencia fundamental entre nosotros es que él cree que existe una cosa como el razonamiento moral y que debe guiar a los jueces y yo, mientras no dudo que exista esa cosa denominada como *moralidad* y que influencia el Derecho, creo que el *razonamiento* moral sólo es un nombre extravagante para la controversia política.»⁴²

5. ALGUNAS CONCLUSIONES. SOBRE CÓMO INTERPRETAR LA CLÁUSULA DE IGUAL PROTECCIÓN

La intención de estas breves líneas, como ya se ha mencionado, es mostrar diversas concepciones de la jurisprudencia como fuente de Derecho en la cultura jurídica norteamericana, que desarrolla un sistema de *Common Law* distinto del sistema de *Civil Law* de los países de la Europa continental. La línea de fondo que subyace a esta reflexión es si estas concepciones que presentan versiones enfrentadas sobre la función y el peso de las fuentes del Derecho pueden ayudar a los modelos de interpretación del papel de los jueces en otras latitudes distintas de la norteamericana.

Estas reflexiones merecerían mayor extensión para poder ser desarrolladas adecuadamente. No obstante, a continuación, intentaré presentar un problema de interpretación constitucional y las soluciones que al respecto proponen las diversas concepciones analizadas de la jurisprudencia. El objetivo es mostrar cómo a la hora de determinar fuentes del Derecho, como la Constitución o la jurisprudencia, algunos problemas y algunas soluciones quizá no tienen fronteras.

⁴⁰ POSNER, R., «The problematics of moral and legal theory», op. cit., pp. 1698.

⁴¹ POSNER, R., *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 239.

⁴² POSNER, R., «Tribute to Ronald Dworkin», *NYU Annual Survey of American Law*, núm. 63, 2007-2008, pp. (9-14) 10.

El caso analizado es la *Cláusula de igual protección*, establecida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana, que literalmente establece: «ningún estado negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes.»⁴³ La pregunta que se podría realizar es qué comporta esto o cómo debe interpretarse. Uno de los casos más importantes de la historia constitucional norteamericana es el caso *Brown v. Board of education* que consideró, en 1952, inconstitucional la segregación entre blancos y negros en la escuelas. Es relevante, para la discusión, tener en cuenta que la mayoría de los miembros del Congreso que aprobaron la Enmienda constitucional también habían apoyado la segregación racial en las escuela del distrito de Columbia⁴⁴.

Según la concepción de la comprensión original, el caso *Brown* fue una gran y correcta decisión, pero debe ser dicho, con toda franqueza, que la decisión estaba apoyada por una opinión muy débil. Bork sostiene que «estos dos hechos, tomados juntos, han causado una enorme cantidad de problemas en el Derecho.»⁴⁵ De forma sintética, esta posición sostiene que el resultado en *Brown* es consistente con, —y de hecho obligado por—, la comprensión original de la Decimocuarta Enmienda de la igual protección. El hecho lamentable era que la Corte Suprema no lo pensaba. La Corte, siguiendo su opinión, pensaba que se había desviado de la comprensión original en orden a hacer aquello socialmente deseable⁴⁶. El problema

⁴³ El texto completo de la Decimocuarta Enmienda establece «Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanas de los Estados Unidos y del estado en que residen. Ningún estado deberá hacer o ejecutar ley alguna que acorte los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Ningún estado privará a nadie de vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso de la ley, ni negarle a ninguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes».

⁴⁴ DWORKIN, R., «Comment», en SCALIA, A. (ed.), *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1997, p. (115-152) 119.

⁴⁵ BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit., p. 75.

⁴⁶ BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit, p. 77. Para justificar su posición de la comprensión original de que la segregación es incompatible con la Constitución, Bork sostiene que «la segregación no es mencionada en la Enmienda, los debates no sugieren que la cláusula estaba promulgando segregación. Los ratificantes probablemente asumían que la segregación era consistente con la igualdad pero no estaban dirigiéndose a la segregación. El texto por sí mismo demuestra que la igualdad bajo la ley era la meta primaria. Desde que

desde el *originalismo* es que la Corte en Brown había actuado políticamente⁴⁷.

Para clarificar las posiciones, Dworkin propone cuatro interpretaciones de la cláusula de igual protección, que podrían denominarse: 1. *originalismo de expectativas*⁴⁸ 2 y 3. *originalismo semántico*⁴⁹ y 4. *lectura moral de la Constitución*⁵⁰. Bork y Scalia se situarían en alguna versión

la igualdad y la segregación eran mutuamente inconsistentes, sin embargo los ratificantes no entendieron eso, ambos no podrían ser satisfechos. Cuando se vio, es obvio que la Corte debe elegir la igualdad y prohibir la segregación-impuesta por el Estado. El objetivo que buscó la decimocuarta enmienda era la igualdad bajo la ley y la igualdad, no la separación, estaba escrita en el texto» BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit., p. 82.

⁴⁷ En este sentido, Bork afirma que «Los académicos acostumbraban a preocuparse porque la Corte dañaría su autoridad si actuaba políticamente. Yo he escrito una pocas ingenuas líneas a este respecto. El hecho es el contrario. La Corte puede hacer lo que desee, y no existe casi forma de pararla, siempre que su resultado tenga un grupo de partidarios políticos significativos. Mucho del resto de la historia de la Corte Warren puede ser explicada por la lección aprendida desde su éxito en Brown BORK, R. H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit., New York, p. 77.

⁴⁸ Según Dworkin, el *originalismo de «expectativa»*, que sostiene que las cláusulas constitucionales deben ser comprendidas para tener las consecuencias que aquellos que las hicieron previeron que tuvieran. DWORKIN, Ronald, «Comment», en SCALIA, Antonin (ed.), *A matter of interpretation*, op. cit., p. 119.

⁴⁹ Mientras que para Dworkin el *originalismo semántico* considera que las cláusulas constitucionales debe ser leídas para decir lo que aquellos que las hicieron pretendían decir DWORKIN, R., «Comment», en SCALIA, Antonin (ed.), *A matter of interpretation*, op. cit., p. 119.

⁵⁰ Dworkin distingue entre: 1.- La cláusula tiene el efecto de condenar todos los casos de discriminación, y sólo éstos, que los autores esperaban que aquella condenara. Prohíbe la discriminación contra los negros consistente en denegarles recursos judiciales comunes para los supuestos de incumplimientos de contratos, pero no prohíbe que las escuelas practiquen la segregación racial, ni las acciones afirmativas que impongan cupos en desmedro de los blancos, ni la discriminación contra las mujeres o los homosexuales.

2. La cláusula prohíbe cualquier discriminación importante en contra de los negros. Los jueces deciden por sí mismos si la segregación en las escuelas es importante. Desde que la cláusula establece solamente la igualdad para los negros, los jueces, sin embargo, no pueden usarla para eliminar las acciones afirmativas que establezcan cupos, o las leyes discriminatorias contra las mujeres o los homosexuales.

3. La cláusula prohíbe cualquier discriminación racial seria. Aunque sus autores no imaginaron nunca la posibilidad de programas de acción afirmativa, la cláusula que redactaron puede prohibirlos. Los jueces deben decidir por sí mismos si ellos lo hacen y, por tanto, decidir qué programas son violaciones serias de la igualdad. Pero no pueden ampliar correctamente la cláusula a la protección de las mujeres o los homosexuales, porque eso significaría extenderla para abarcar la

de *originalismo semántico* y Dworkin afirmaría una *lectura moral* de la Constitución. En este sentido, este autor sostiene que «nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tiene derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del «*Bill of Rights*», como las *cláusulas de igual protección* y de *debido proceso*, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más que el establecimiento de determinadas concepciones⁵¹. Según esta perspectiva, el tribunal debería ser activista, en el sentido que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política. La clave en este punto es si «la igual protección de las leyes» se dirige, además de la raza, a discriminaciones sobre la base de edad, sexo, propiedad u orientación sexual. Aquí difieren los originalistas y los partidarios de la *lectura moral*, pero como sostiene Dworkin, «el lenguaje de la Constitución es perfectamente general, abstracto y basado en principios. Scalia ahora lee en limitaciones de lenguaje lo que el lenguaje no sólo no sugiere sino que no puede soportar, e intenta justificar esta mala traducción atribuyendo comprensiones y expectativas a los hombres de Estado⁵² que bien podrían haber tenido, pero no dejaron ninguna marca en el texto que escribieron»⁵³. La concepción de Dworkin del *Derecho como integridad*, considera que la *Cláusula de Igual Protección* confiere dos derechos constitucionales, el derecho a ser *tratado como igual*, que supone el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera y el derecho al *igual tratamiento*, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas⁵⁴.

discriminación por sexos o por orientación sexual, y no sólo para lograr la igualdad racial.

4. La cláusula establece un principio general de igualdad que afirma un tratamiento igualitario genuino para todos los ciudadanos estadounidenses. Por eso, si creemos que la segregación en las escuelas y los sistemas de cupos de las acciones afirmativas y las leyes que minusvaloran a las personas por su sexo u orientación sexual, son violaciones de la igualdad de los ciudadanos, porque ninguna de ellas trata a los grupos de ciudadanos con igual consideración, si es así la cláusula de igual protección las condena a todas ellas, a pesar de lo que los autores pudieran haber pensado o aprobado. DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1998, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, pp. 184-185.

⁵¹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 231.

⁵² Se refiere a quienes ratificaron la Constitución y, en concreto la decimocuarta enmienda.

⁵³ DWORKIN, R., «Comment», en SCALIA, A.(ed.), *A matter of interpretation*, op. cit, p. 126.

⁵⁴ Dworkin sostiene que El derecho a ser tratado como igual es fundamental y el derecho a igual tratamiento, derivado. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit, p. 332.

La interpretación del caso *Brown* que realiza el *pragmatismo jurídico* parte de bases distintas de las anteriores concepciones. Según esta perspectiva, la Corte Suprema no se basó en argumentos morales, sino en argumentos no morales. Posner sostiene que «la Corte no dijo que la integración era un imperativo moral o que la segregación en la escuela pública niega a los negros iguales intereses y respeto que los blancos, sino que afirma que la educación es muy importante para las personas en el mundo moderno y que los psicólogos consideran que la segregación ha dañado la autoestima y probablemente el éxito educativo de los negros.»⁵⁵ Esta visión de no basarse en argumentos morales confirma la tesis de Posner que los jueces no deben tomar partido en cuestiones morales controvertidas, lo que se justifica, en parte, por una razón política: para minimizar la ofensa a los blancos sureños, que tenían una moralidad diferente cuando se trataba de cuestiones de raza. También había otra razón: que los argumentos morales son argumentos débiles en un tribunal⁵⁶. Esto es coherente con su visión de que la Teoría moral no es útil para que los jueces resuelvan casos.

Desde la perspectiva del *pragmatismo jurídico*, quizá hubiera sido más honesto por parte de la Corte Suprema afirmar que la segregación es «una práctica fea, un componente de sistema de castas y que la cláusula de igual protección estaba en algún sentido prevista, o debería ser utilizada, para prevenirla»⁵⁷. Posner concluye que «la opinión de la Corte fue menos honesta pero políticamente hábil. Una opinión que intentara utilizar la Teoría moral sobre el asunto hubiera fallado en las dos virtudes.»⁵⁸ Cabe plantear que esta perspectiva adolece de cierta indeterminación al definir el ámbito de la Teoría moral y sitúa como argumentos no morales a consideraciones que ineludiblemente tienen relevancia moral. Su interpretación «honestá» anti-casta de la *Cláusula de Igual Protección* puede ser interpretada como un argumento eminentemente moral. Es difícil considerar esta visión, sin sostener que la Constitución establece un principio, como sostiene Dworkin, que prohíbe las instituciones y restricciones legales que afirmen que «unos ciu-

⁵⁵ POSNER, R., *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 136.

⁵⁶ POSNER, R., *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 138.

⁵⁷ POSNER, R., *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 139.

⁵⁸ POSNER, R., *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 139.

dadanos son inferiores a otros o que sus destinos son de menor importancia»⁵⁹.

¿Preferimos que los jueces decidan según la aplicación neutral de la comprensión original del texto, los principios derivados de la lectura moral de la Constitución o la adjudicación pragmática, basada en directrices políticas orientadas al resultado de la decisión? Sería ingenuo pensar que esta cuestión sólo afecta a una cultura jurídica determinada. La jurisprudencia como fuente del Derecho debe atender a diversas concepciones sobre la separación de poderes, la interpretación literal o abstracta de los textos, el peso del pasado, presente y futuro, la invocación de principios de moralidad o la atención a directrices políticas como bienes públicos deseables para la comunidad. Los Tribunales Constitucionales, también los inmersos en la cultura jurídica de los países del *Civil Law*, se encuentran con problemas similares, de forma implícita o explícita. Pueden mostrarse exclusivamente fieles al texto e intenciones de los constituyentes, o bien, propiciar una lectura abstracta del texto tras la que subyacen principios morales sobre los que basar sus decisiones o, por último, pueden adoptar decisiones basadas en directrices políticas, orientadas al resultado. Esto puede tener diversas traslaciones según las distintas tradiciones constitucionales.

En el caso planteado sobre la interpretación de la *Cláusula de Igual Protección* la *comprensión original* se convierte en injustificadamente conservadora, ya que niega «la igual protección de la leyes» a otros colectivos vulnerables distintos de la minoría racial cuando el texto habla de «ninguna persona». El *pragmatismo jurídico* afirma que *Brown* se justificó en argumentos no morales, hábiles políticamente, negando la evidencia de que considerar que el principio «anti casta» está implícito en la decimocuarta enmienda es un argumento moral. Puede afirmarse que, en este caso, la perspectiva más adecuada es la que provee una *lectura moral* de la Constitución basada en principios. Sin embargo, esta visión también puede ser criticada por otros argumentos⁶⁰. La paradoja es que siendo una

⁵⁹ DWORKIN, R., *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, traducción de Marisa Iglesias Vila y Iñigo Ortiz de Urbina, p. 105.

⁶⁰ Las críticas del modelo de Dworkin pueden ir por su posición metaética del objetivismo moral y la tesis de la única respuesta correcta. Sobre el debate Dworkin v. Posner, he escrito un artículo titulado «¿Es necesaria la Teoría para resolver casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al Derecho

cuestión de gran controversia cuál es la concepción adecuada sobre el concepto de Derecho y jurisprudencia, sin embargo, los jueces deciden sus casos cotidianamente sobre la base del mejor argumento a su alcance⁶¹.

como integridad», *Revista Telemática e Filosofía del Derecho*, núm. 13, pp. 141-184. Disponible en <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/n13.html>.

⁶¹ El Tribunal Constitucional español ha elaborado una Sentencia, durante 4 años, deliberando sobre constitucionalidad del nuevo Estatut de Autonomia de Catalunya que supone un hito en la historia constitucional. Podemos plantear al hilo de estas reflexiones: ¿Qué concepción de la jurisprudencia se utiliza en la resolución del caso?

