

Libertad y seguridad en un nuevo contrato social

Por FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

Universidad Autónoma de Barcelona

La fragilidad de los derechos
discurre paralela
a la fragilidad de los sueños.
Pero gracias a los sueños
quizás podamos las mujeres
superar el desencanto
de una realidad galantemente hostil.

F. P. M.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NECESIDAD DE RENUNCIAR A LA LIBERTAD A CAMBIO DE SEGURIDAD. 1. *Contrato Social: seguridad y libertad en Hobbes.* 2. *Contrato social: seguridad y libertad en Locke.* 3. *Contrato social y contrato sexual.*—III. LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LAS MUJERES EN LA ESFERA PRIVADA Y EN LA ESFERA PÚBLICA. 1. *La libertad en la esfera privada.* 2. *La seguridad en la esfera privada.* 2.1 Seguridad física. 2.2 Seguridad económica. 3. *La seguridad en la esfera pública.*—IV. LIBERTAD Y SEGURIDAD EN UN NUEVO CONTRATO SOCIAL.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de estas Jornadas se ha vuelto especialmente actual a raíz de dos fechas inolvidables por terribles: el 11 de septiembre de 2001 y el 11 de marzo de 2004. La necesidad de dar una respuesta políticamente eficaz y socialmente tranquilizadora a estos actos de terrorismo

ha favorecido que pueda defenderse como un mal necesario el sacrificio de ciertas libertades en aras de la seguridad de los ciudadanos.

Pero también ha propiciado que, en nombre de una hipotética defensa de la seguridad y las libertades, algunos Estados hayan emprendido acciones bélicas contra otros Estados alegando que en ellos encontraban apoyo los grupos terroristas o que en sí mismos constituían una amenaza. Con estas intervenciones se han vulnerado la libertad y la seguridad de los ciudadanos de estos países, no sólo poniendo en peligro sus vidas y otros bienes personales, sino privándoles efectivamente de ellos ¹.

Frente a este estado de cosas cabe preguntarnos: ¿hasta qué punto está justificado el sacrificio de ciertas libertades para hacer frente a supuestos peligros para la vida y otros bienes privados o públicos? ¿Puede imponerse una forma de vida o escala de valores si con ello se ponen en peligro la seguridad y los bienes de los individuos que no las comparten? ¿Pueden coexistir y mantenerse a la larga tradiciones culturales radicalmente distintas sin que ninguna de ellas pretenda imponerse sobre la otra? ².

Sería muy ambicioso y, en parte, innecesario tratar de ofrecer en esta Ponencia una respuesta a todos estos interrogantes. Ambicioso, porque planteadas las preguntas de forma tan general una respuesta satisfactoria exigiría más tiempo del que dispongo. Innecesario porque algunas de las cuestiones implicadas ya serán abordadas por las otras ponencias y comunicaciones.

El objetivo de mi intervención será más concreto. Me interesa analizar la tensión libertad/seguridad desde la perspectiva de género. Este enfoque presupone que cuando los problemas se examinan desde el punto de vista de las mujeres se descubre que tienen unas implicaciones y consecuencias que no se perciben desde posiciones presuntamente objetivas y universales. Sin desconocer que la seguridad y la libertad remiten a propiedades que son comunes tanto para los hombres como para las mujeres, el análisis de lo común suele dejar de lado cómo se han materializado históricamente de forma desigual los valores libertad/seguridad y qué condiciones sociales son las que deben removerse para garantizar la igualdad y la efectividad de estos valores a hombres y mujeres.

¹ El término seguridad es ambiguo. Aunque prioritariamente se usa para indicar ausencia de *riesgo* para bienes predominantemente personales, también se usa para expresar ausencia de *lesión* efectiva de tales bienes. Aquí incluimos ambos aspectos. Más abajo daremos cabida asimismo el sentido psicológico del *sentimiento* de seguridad.

² Las intervenciones militares llevadas a cabo en Afganistán e Irak por la coalición liderada por las tropas estadounidenses suscitan, sin duda, estas preguntas, pero también podrían plantearse en relación al derecho a la «intervención humanitarista» que también ha sido esgrimida cuando se han justificado las intervenciones en Haití, Somalia, Bosnia y Kosovo.

II. LA NECESIDAD DE RENUNCIAR A LA LIBERTAD A CAMBIO DE SEGURIDAD

Los conceptos no tienen vida pero sí historia. Los que vamos a examinar tienen atrás una larga historia y, por ello, permiten una pluralidad de interpretaciones que no pueden desvincularse de los concretos momentos espacio-temporales en los que han surgido y son utilizados.

La libertad ha sido objeto de reflexión de la filosofía jurídico-política occidental desde sus inicios griegos y romanos. En el pensamiento y la cultura cristiana uno de los aspectos de la libertad que más interesaron y todavía hoy sigue preocupando es el de si el hombre es libre o no de querer. La existencia o no de este tipo de libertad, o libertad interna, es el que se discute cuando se habla del libre albedrío³.

Pero aquí no nos interesa este aspecto de la libertad, la libertad de querer. El que nos interesa es el de la libertad de acción. Por ella puede entenderse la posibilidad de actuación del individuo sin que concurran constricciones externas, ya sea de otros individuos, ya sea del poder político. Entendida de esta forma la libertad implica que los individuos puedan llevar a término sus propias elecciones y no si estas elecciones podían o no podían haber sido otras.

En Occidente, la necesidad de promover y asegurar esta libertad a los individuos se inició a raíz de una serie de luchas por el poder encaminadas, precisamente, a dotar a los individuos de una mayor capacidad de actuación frente a las intervenciones del poder político. En el contexto histórico de las guerras de religión se vio claramente que para garantizar la seguridad individual era necesario reservar a cada individuo un ámbito de actuación propio libre de interferencias externas.

La reforma protestante, iniciada por Lutero en 1517, se propuso como objetivo reclamar para los individuos la libertad de interpretar los textos sagrados sin la mediación de una autoridad externa. Pero, necesariamente, la aspiración y materialización de esta autonomía interpretativa posibilitó la existencia de diferentes reformadores y sus correspondientes sectas, la de los luteranos, las de los anabaptistas, la de los calvinistas, etc. Todos ellos se enfrentaron entre sí y a la Iglesia Católica, lo que determinó un período de sangrientas luchas en la medida en que los poderes seculares tomaron partido por uno u otro bando. Estas contiendas sólo pudieron ser resueltas de forma definitiva en la medida en que, de forma coherente con los propios postulados de la reforma, se abogó por la tolerancia y por el reconocimiento del derecho a la libertad de religión y de pensamiento. Esto es, la atribución a cada individuo de un espacio de actuación que ha de quedar

³ BOBBIO, N., *Derecha e izquierda*, Madrid, Tauros, 1995, p. 156

libre de constricciones externas tanto del poder político como del religioso.

Pero también las guerras de religión fueron la ocasión para reflexionar hasta qué punto cualquier libertad puede ser ejercida sin la existencia del orden y de la seguridad. Las teorías del contrato social trataron de dar una respuesta satisfactoria a este problema. No todas las teorías parten de los mismos presupuestos ni llegan a las mismas conclusiones, pero sí coinciden en explicar y justificar la existencia del poder político como una construcción humana creada, precisamente, para garantizar la seguridad necesaria que posibilita el ejercicio para todos de más o menos libertades. Examinaré, a grandes rasgos, la teoría de dos autores especialmente significativos, Hobbes y Locke. La obra del primero tiene como trasfondo las guerras de religión, la del segundo ya no.

1. Contrato social: Seguridad y libertad en Hobbes

Según Hobbes, los hombres en el estado de naturaleza, esto es, antes de la institucionalización del poder político, disfrutaban de una libertad total de acción y todos tienen derecho a todo. En la medida en que los medios son escasos y los hombres relativamente iguales en su capacidad de matar y en su pasión de posesión de ganancias y fama, se genera una guerra de todos contra todos en la que domina el miedo y la desconfianza.

Esta situación contradictoria libertad total/total inseguridad es la que impulsará a la razón a buscar una salida. Ésta sólo puede consistir en la instauración de una autoridad suprema que, estableciendo límites a la capacidad de acción recíproca, garantice la paz común. Se renuncia a la libertad a cambio de la paz como instrumento necesario para salvaguardar la vida. La actuación del Estado se objetiva en el Derecho, es decir, en la capacidad de dar normas gracias a las cuales cada uno puede saber de qué bienes puede disponer y qué actos puede realizar sin ser molestado por los demás.

Esta ley general de la razón, la búsqueda de la paz, fundamenta el pacto social por medio del cual el individuo transfiere sus derechos y es la que determina también que un hombre «se contente con tanta libertad contra otros hombres como consentiría a otros hombres contra él»⁴.

Considera, por ello, que los hombres sólo aceptarán a vivir sin libertad si obtienen más seguridad, menos miseria y menos males de los que tenían en el estado de naturaleza. ¿Qué clase de libertad poseen los individuos una vez instaurado el Estado? Esta nueva libertad la define Hobbes de forma parecida a lo que entiende Berlin por libertad negativa, capacidad de hacer todo aquello que no está prohibi-

⁴ HOBBS, T., *Leviatán*, Madrid, Editora Nacional, 1979, XIV, 229.

do⁵. La libertad no se concibe tanto como un derecho que el individuo tiene frente al poder, sino como aquel espacio de actuación que no está regulado por la intervención del poder político.

Pero hay un pacto que no sería válido. Éste sería aquel por el que un individuo se comprometiera a no defenderse a sí mismo y/o a autoinculparse. A los individuos, pues, les sigue siendo propia la libertad en aquellas cosas cuyo derecho no puede transferirse por medio de un pacto. Esta libertad irrenunciable es la libertad de autodefensa y la de no autoinculpación. La defensa de la vida como libertad irrenunciable es lo que condicionará la obligación de obediencia al soberano. Si el Estado no es capaz de garantizar la vida y seguridad de sus súbditos, cesará el deber de obediencia de éstos.

2. Contrato social: Seguridad y libertad en Locke

La concepción hobbesiana del estado de naturaleza será criticada por Locke. Según éste, en el estado de naturaleza los hombres, dada su natural sociabilidad, establecen relaciones de colaboración bajo el mandato de la ley de la moral natural. No es, pues, un estado de guerra, sino de paz, buena voluntad, ayuda mutua y mutua defensa en el que reinan la libertad y la igualdad. La libertad es entendida como independencia respecto a la voluntad de cualquier otro hombre dentro de los límites de la ley natural. La igualdad se concibe como la posesión de los mismos derechos y los mismos deberes ante la ley natural. La libertad no es, pues, ausencia de todo límite, como en Hobbes, sino sólo ausencia de poder político y de dominio entre los particulares.

En el estado de naturaleza no reina la ley del más fuerte, sino la ley natural que es vinculante para todos y fundamento de la igualdad. Esta ley muestra a todo hombre que todos son iguales e independientes y que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. Esta ley es la que instauro los derechos naturales a la vida, a la salud, a la libertad y a la posesión de los bienes de la naturaleza.

¿Por qué es necesario abandonar este estado de naturaleza tan benigno para fundar el orden político? La respuesta de Locke no difiere en mucho de la de Hobbes: «Aunque en el estado de naturaleza tiene el hombre todos estos derechos está, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y la amenaza de ser invadido por otros»⁶. Como puede verse, también es la inseguridad la que justifica el pacto social y con él la instauración del poder político. La inseguridad es

⁵ BERMUDO, J. M., *Filosofía política, II. Los jalones de la libertad*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 2001, p. 194. Esta libertad negativa es valiosa en la medida en que es la que permite que los individuos puedan definir por sí mismos la clase de vida que quieren llevar.

⁶ LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, sección 123.

la que amenaza, fundamentalmente, «el disfrute de la propiedad» entendiéndose por ésta tanto la vida, como la libertad y las posesiones.

Si bien el escenario no es el de la guerra de todos contra todos, ya que existen los límites que impone la ley moral natural, la inseguridad viene determinada por la existencia de tres problemas con respecto a esta última. Los problemas son:

a) La ley moral natural es aprehendida e interpretada de forma subjetiva por cada uno de los individuos de ahí que falte una ley establecida, fija, conocida y consentida por todos capaz de establecer criterios para decidir las controversias acerca de lo bueno y de lo malo.

b) La decisión sobre si se ha infringido o no la ley moral natural está en manos de cada individuo particular por lo que falta un juez público e imparcial con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres.

c) Los propios individuos afectados son los encargados de que los infractores cumplan los castigos por lo que falta un poder que esté en situación de hacer cumplir las obligaciones a los infractores.

Estas carencias son las que justifican la instauración del poder político. Este poder se articula en torno a las instituciones que servirán para suplir los defectos de la sola existencia de la ley moral natural: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Con ello, el individuo renuncia a tres derechos: el derecho a interpretar y aplicar por su cuenta la ley natural, al derecho a ser juez y parte de sus asuntos y el derecho a aplicar el castigo por la transgresión de la ley natural. El orden que se constituye a través del pacto social es, pues, eminentemente jurídico-político.

Una vez establecido el orden político, la libertad consistirá en no someterse a un poder legislativo que no haya sido consentido. Si en el estado de naturaleza la libertad está limitada por la ley natural en el estado civil lo estará por la ley civil. En este sentido, la libertad es también libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas las cosas que no han sido prescritas por dicha norma.

3. Contrato social y contrato sexual

Las teorías del contrato social consideran justificados el poder político y el derecho al concebirlas como los instrumentos necesarios para garantizar la libertad y la seguridad de los individuos. La libertad en el marco del Estado de Derecho se concebirá desde una doble vertiente, una débil, y otra fuerte. La primera consiste, básicamente, en poder actuar sin cortapisas en aquellos ámbitos que quedan al margen de las interferencias legislativas. La segunda hace referencia a aquellos supuestos en los que el legislador faculta a los individuos a actuar según su voluntad. Algunos de estos ámbitos de libertad están expre-

samente reconocidos como derechos. La seguridad se articulará, básicamente, en torno a las nociones de orden y certeza ⁷.

El orden se establece por medio de una autoridad que, dada su mayor capacidad de coacción, está en situación de mantener la paz y poner fin a situaciones conflictivas a través de sus decisiones y su ejecución. La certeza se alcanza en la medida en que los ciudadanos pueden prever hasta dónde llega su capacidad de actuación respecto de los demás y del poder político. El principio de legalidad, así como el de la no retroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos, se considerarán imprescindibles para garantizar la certeza en el ámbito de las relaciones sociales. Las instituciones de la cosa juzgada y de la prescripción tienen, también, la función de satisfacer la exigencia de seguridad.

Las teorías del contrato social presuponen, pues, que es razonable renunciar a ciertas libertades a cambio de obtener seguridad y que la seguridad de las personas y sus espacios de libertad quedan delimitados y garantizados por la existencia de normas legales que emanan del poder político. Pero, ¿es verdad que, como parecen pretender estas teorías, la seguridad y libertad de todas las personas quedan garantizadas en igual medida a través de las normas legales emanadas del poder político? Las teorías jurídico-políticas feministas han puesto de relieve que estas teorías eran ideológicas por lo que respecta a las mujeres.

¿Por qué? Porque todas las construcciones sobre el estado de naturaleza y el contrato social, que funda la relación política, eluden como políticamente relevante algo que todas ellas están presuponiendo. Según Pateman, todas ellas presuponen la existencia de otro contrato no explícito, el contrato sexual. A través de este otro contrato, los hombres adquieren el dominio sobre el cuerpo y la libertad de las mujeres por lo que éstas quedan sujetas a un doble dominio, el de los varones y el de la autoridad política. Esta duplicidad no ha sido visible porque la historia del contrato social ha focalizado sólo la esfera de la vida pública y ha considerado la privada como políticamente irrelevante. Pero, como señala Pateman, «ignorar el contrato matrimonial es ignorar la mitad del contrato originario» ⁸.

Sólo los hombres son partes del contrato originario porque sólo ellos están dotados de la capacidad más importante para celebrarlo, la posesión de la propia persona. Los teóricos clásicos, exceptuando a Hobbes, sostendrán que las mujeres carecen de los atributos y de las capacidades inherentes a los «individuos» que pueden contratar, por-

⁷ El valor de la seguridad se considera tan importante que algunas teorías fundamentarán el deber de obediencia al derecho en el hecho de que éste, por su mera existencia, está en situación de realizar este valor. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, 1979, pp. 365-398. Universidad de La Laguna.

⁸ PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Barcelona, Antrophos, 1995, p. 12.

que ellas no han nacido libres, sino que se hallan sometidas a sus maridos. Las mujeres no son sujetos de este contrato sino el objeto del mismo ⁹.

Este doble pacto es el que sustenta y posibilita una clara distinción entre la esfera pública y la esfera privada. La esfera pública es el espacio en el que los varones pueden participar en igualdad de derechos y libertades y del cual quedan excluidas las mujeres. La esfera privada, que carece de relevancia política, es el ámbito donde los varones ejercen el dominio sobre las mujeres y sobre los hijos ¹⁰. En este espacio, todos los varones pueden ejercer amplios espacios de libertad de acción –incluso aquellos varones que no disfrutaban de todos los derechos políticos, ya que muchos derechos quedaban reservados a los varones propietarios y se excluía a los que no lo eran.

Estas dos esferas se regirían por principios antagónicos: «La familia se basa en vínculos naturales de sentimiento y consanguinidad y en el estatus, sexualmente adscrito, de la esposa y del marido (un estatus de padre y madre). La participación en la esfera pública se rige por criterios de éxito, intereses, derechos, igualdad y propiedad universales, impersonales y convencionales; es decir, por los criterios liberales aplicables únicamente a los hombres ¹¹.

Las debilidades de estas teorías y la injusticia de las normas e instituciones que en base a ellas se justificaban, fueron puestas de relieve no sólo por el feminismo ilustrado, sino también por pensadores radicales. Así, frente a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Olympe de Gouges, guillotizada en 1793, reivindicó, en 1791, una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana y la necesidad de un contrato social nuevo entre los hombres y las mujeres. El propio John Stuart Mill expresó claramente su oposición a la «ley del matrimonio» que otorga a los varones poder sobre las mujeres y que impide a éstas poder conformar libremente su vida ¹², pero fue

⁹ PATEMAN, C., *op. cit.*, p. 15.

¹⁰ La división entre espacio público y espacio privado no es patrimonio exclusivo del pensamiento liberal. En el pensamiento griego no sólo ya hay una clara división entre la esfera pública, *polis*, y la esfera privada, *oikos*, sino también que aquélla está reservada a los varones. Lo que hace distinto al pensamiento liberal es la aparición de lo «social», un espacio que no es ni público ni privado. BODELÓN, E., *Igualdad y diferencia en los análisis feministas del Derecho*, Tesis doctoral inédita, Barcelona, 1999, pp. 118 ss. Como señala Kymlicka, en el liberalismo hay dos concepciones distintas entre lo social y lo privado. Por un lado estaría la división entre lo político y lo social (Estado-Sociedad civil), y, por el otro, entre lo social y lo personal (lo público y lo privado). En este sentido, lo social incluye tanto al Estado como la sociedad. KYMLICKA, M., *Filosofía Política Contemporánea*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 270 ss.

¹¹ PATEMAN, C., «Críticas feministas a la dicotomía público/privado», en C. CASTELLS (comp). *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 35.

¹² Esta oposición llegó al extremo que, como señala Neus Campillo, en la Introducción a la obra de John STUART MILL y HARRIET TAYLOR *Ensayos sobre la igualdad sexual*, cuando John STUART MILL iba a casarse, después de más de veinte años de rela-

su mujer, Harriet Taylor, la que manifestó un talante más radical en defensa de la emancipación de las mujeres ¹³.

Si las teorías del contrato social son sexistas es porque las sociedades en las que se gestaron estas ideas eran sociedades profundamente patriarcales. Es cierto que estas teorías tratan de dar una respuesta satisfactoria a la existencia del poder político desde el punto de vista racional, no tradicional y que por ello rompen con los esquemas del patriarcado tradicional estamental y jerárquico. Pero lo que hacen es reformular, e instauran por medio del contrato, el patriarcado moderno ¹⁴. El poder del padre sobre toda la familia se repartirá entre todos los hijos varones que serán los sujetos del contrato, pero éstos, a su vez, a través del contrato sexual, seguirán manteniendo una posición de dominio sobre las mujeres. Este dominio será percibido expresamente por algunos pensadores como fruto de un pacto político, mientras que para otros este pacto no hará más que reproducir las relaciones existentes en el estado de naturaleza ¹⁵.

III. LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LAS MUJERES EN LA ESFERA PRIVADA Y EN LA ESFERA PÚBLICA

En la actualidad, en algunas sociedades occidentales el patriarcado ha comenzado a resquebrajarse gracias a la lucha política que iniciaron los movimientos feministas y a la generalización del rechazo de la discriminación sexista por parte de las mujeres y de muchos varones,

ción, con Harriet Taylor, escribió una declaración en la que expresaba su renuncia a todo derecho que hubiese podido obtener en virtud de este matrimonio. MILL, J. S./ TAYLOR, H., *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2001, p. 40. La condición de la mujer era para Stuart Mill parecida a la de la esclavitud, comparación que, como señala Fraisse, Augusto Comte critica y a la que contrapone la metáfora de la infancia: «El sexo hembra se constituye en una especie de estado de infancia radical». FRAISSE, G., *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*, Madrid, Cátedra, 2003, p. 40.

¹³ En este sentido, J. M.^a GIL RUIZ, «El debate intelectual de John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill en los ensayos sobre la igualdad sexual», en ESCAMILLA, M. (ed.), *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Granada, Universidad de Granada, 2004, p. 77.

¹⁴ PATEMAN, C., *op. cit.*, p.11.

¹⁵ Para Hobbes el dominio de los hombres sobre las mujeres se basa en el pacto político, pues entiende que en el estado de naturaleza las mujeres y los hombres se hallan en igual posición. Para Locke, igual que Rousseau, en el estado de naturaleza las mujeres ya se hallan subordinadas a los hombres. Como señala Bodelón Locke, «no puede admitir que el fundamento del poder que ejercen los hombres sobre las mujeres es de tipo político, puesto que esto le conduciría a una consecuencia indeseable para él: admitir que la subordinación de las mujeres pueda ser deslegitimada, de la misma manera que el deslegitima el poder absoluto del monarca. Así pues, Locke se ve obligado a seguir sinuosos razonamientos. Debe contradecir el argumento de Filmer de que la autoridad de Adán sobre Eva justifique un título original de gobierno, sin negar el fondo de dicha autoridad». BODELÓN, E., *op. cit.*, p. 107.

pero sigue teniendo numerosas manifestaciones. En otros contextos culturales todavía está plenamente vigente, tanto en las normas jurídicas como en las sociales y culturales¹⁶. Sigue siendo necesario indagar los argumentos que han sustentado, y en parte aún sustentan el patriarcado. La posición subordinada de las mujeres no sólo se ha fundamentado y fundamenta en razones de tradición cultural –desde siempre las mujeres han tenido menos poder que los hombres¹⁷–, sino también en otros argumentos.

En el momento histórico en el que se consolida teóricamente la dicotomía público-privado, se suele justificar la adscripción de las mujeres a la esfera privada y su exclusión de la vida pública en que la tarea propia de las mujeres, dada su naturaleza emocional, es hacerse cargo de los cuidados relativos a la afectividad, el deseo y el cuerpo¹⁸. La naturaleza racional de los hombres justificaría, por el contrario, su participación en el ámbito de la vida pública, ya que en ella debe expresarse el punto de vista universal e imparcial de la razón. Si se dejase participar a las mujeres en el debate público, éste dejaría de ser racional y objetivo, pues estaría lastrado por la invocación de deseos y sentimientos particulares¹⁹. No es de extrañar, por ello, que los análi-

¹⁶ Señala Ignatieff que cuando en 1947 se redactaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la delegación saudí expresó sus objeciones, entre otras, al artículo 16 en el que se hace referencia al libre consentimiento matrimonial y que con ello estaba afirmando que «el intercambio y el control de las mujeres es la verdadera *raison d'être* de las culturas tradicionales, y que la represión de la libertad de elegir en el matrimonio es esencial para el mantenimiento de las relaciones patriarcales de propiedad». IGNATIEFF, M., *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 80.

¹⁷ Ya señalaba Harriet Taylor que reclamar igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres se enfrenta a un obstáculo principal que es el de la costumbre, y Stuart Mill que «... una causa apoyada, por una parte, por el uso universal y, por la otra, por un predominio tan grande del sentimiento popular, posee una presunción a su favor superior a cualquier convicción que un llamamiento a la razón pueda producir en cualquier intelecto que no sea de una clase elevada». MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, pp. 124 y 151 ss., respectivamente.

¹⁸ Atribuir a las mujeres esta naturaleza emocional sirve no sólo para excluirlas de la vida pública sino también para conferirles un papel «útil» en el contexto del orden liberal. Las mujeres son las encargadas de proporcionar afecto a los individuos que tienen que competir en la esfera pública. Como señala Jónasdóttir, con esta atribución se produce una organización social del amor. JÓNASDÓTTIR, G. A., *El poder del amor*, Madrid, Cátedra, 1993, p. 259.

¹⁹ YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 186. Como, acertadamente, señala Rubio, la atribución por parte de Rousseau de unas cualidades morales distintas a mujeres y hombres contribuyó de forma decisiva a privar de autoridad a las mujeres: «El diseño de un mundo privado independiente de lo público, donde el varón ejerce la autoridad absoluta y la mujer es privada de capacidad para pensar y decidir, implica el establecimiento de unas relaciones de dominio que excluyen a las mujeres en el presente y en el futuro. Al ser privadas de capacidad intelectual son privadas de poder y lo que aún es más importante de autoridad. Superar estas relaciones de poder exige construir la subjetividad negada, otorgarnos las mujeres autoridad, para desde ella desestructurar y construir una verdadera subjetividad universal y un proyecto social para todos. El vacío de autoridad en el que nos encontramos las mujeres actualmente explica el travestismo que es necesario

sis feministas sean especialmente críticos con las nociones de racionalidad e imparcialidad y hayan cuestionado no sólo su pretendido carácter exclusivamente masculino, sino también las funciones ideológicas del ideal de imparcialidad ²⁰.

No me detendré en la crítica de este argumento ni en la exposición y crítica de otros argumentos esgrimidos para defender la corrección de la adscripción de las mujeres al espacio privado y a las tareas de cuidado. Me interesa examinar, tomando como punto de referencia las teorías del contrato social mencionadas, hasta qué punto la pérdida de libertad que para las mujeres supuso, y todavía supone, el dominio de los varones podría quedar compensada por la seguridad que obtenían a cambio. O dicho de otra forma, ¿la adscripción de las mujeres a la esfera privada y al dominio del varón comporta realmente una garantía de seguridad capaz de contrarrestar de forma suficiente el daño que supone la pérdida de libertad? Para valorarlo adecuadamente es necesario ver cuál es el grado de libertad que pierden las mujeres y cuál es el grado de seguridad que se obtienen a cambio.

1. La libertad en la esfera privada

La subordinación de las mujeres a los hombres ha supuesto para ellas un grave atentado a la libertad, desde cualquiera de los parámetros de las dos teorías del contrato social que he mencionado, cuando se analiza en detalle el tipo de dominio que se le atribuía al varón en el espacio doméstico. Por varias razones:

a) En la esfera pública, las interferencias legislativas que constriñen, pero a la vez permiten, ciertas libertades son generales y están fijadas de antemano. De esta forma son susceptibles de poder generar expectativas seguras de comportamiento. Las decisiones autoritativas de los varones, que la legislación estatal permitía en el ámbito doméstico, no son capaces de garantizar expectativas de comportamiento porque son diversas según las preferencias de cada varón y arbitrariamente cambiantes.

b) Las decisiones acerca de la infracción de las reglas legales las emite un sujeto que no es parte en el conflicto. En el ámbito privado, el que actuaba como juez no es sólo el que ha dado la norma sino que, a la vez, en la mayoría de los casos, era parte implicada en el conflicto.

c) La ejecución de las sentencias por parte del ejecutivo no puede ir más allá de lo establecido en éstas. La ejecución de las decisiones en el ámbito doméstico no quedaba sometida a ningún control, puesto

realizar para acceder al poder. RUBIO, A., «Rousseau: el binomio poder-sexo», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 31, 1994, p. 158.

²⁰ La función ideológica del ideal de imparcialidad viene dada, según Young, por el hecho que «enmascara la forma en que las perspectivas particulares de los grupos dominantes proclaman la universalidad, y ayuda a justificar la estructura jerárquica de la toma de decisiones». YOUNG, I. M., *op. cit.* p., 167.

que la llevaba a cabo el mismo sujeto que había dictado la norma y juzgado sobre su infracción.

d) La aceptación por parte de las mujeres de esta autoridad normativa es, a su vez, discutible. Aunque nunca han estado jurídicamente obligadas a casarse y pueden sustraerse a la autoridad marital quedándose solteras, las normas sociales y las estructuras económicas subyacentes han determinado que para las mujeres el matrimonio más que una elección fuese una necesidad. Además, hasta épocas relativamente recientes, la elección del marido ha sido más una decisión de los padres que de las propias mujeres.

e) En el ámbito doméstico, el ejercicio de las competencias del varón era, por lo que hemos señalado, parecida a la del monarca absoluto hobbesiano, pero sin los límites que a éste le eran inherentes. Según Hobbes, los súbditos no podían renunciar a la autodefensa ni a la no autoinculpación. En el ámbito doméstico no se respetaba normalmente este derecho cuando las mujeres comprobaban visto que en él su vida o su integridad eran puestas en peligro, ya que la legítima defensa se ha interpretado siempre de forma muy restrictiva. Lo mismo ocurría con la libertad de no autoinculpación, ya que en muchos casos su uso determinaba, sin más, el ejercicio de la fuerza por parte del varón como parte del contenido del derecho a corregir que la propias normas legales atribuían a los maridos o padres.

A su vez, esta autoridad sobre las mujeres se ejercía en un contexto social cuyas normas jurídicas no sólo daban competencia a los varones para tomar decisiones sobre la conducta que debían llevar a cabo las mujeres dentro del espacio familiar sino que privaban a éstas de los derechos que permitían a los varones participar activamente en la vida pública. Las mujeres, pues, carecían tanto de libertad política como de libertad personal de acción. Su libertad, esto es, poder actuar libre de interferencias externas sólo era posible en aquellos ámbitos no regulados por el poder político ni por la autoridad paterno-marital.

2. La seguridad en la esfera privada

2.1 Seguridad física

El espacio doméstico, como vemos, ha sido un ámbito especialmente gravoso para la libertad. Pero la adscripción de las mujeres al espacio privado y al dominio de los varones sólo podría justificarse desde las teorías del contrato en el hecho de que se consideren que éstas necesitan una especial protección y que no es suficiente la tutela que el poder político ejerce a través de los medios ordinarios. Esta protección especial es la que pueden proporcionar los padres y los maridos frente a los ataques de los otros varones. Aquéllos, en contra-

partida, están legitimados para limitar la capacidad de actuación de las mujeres de cuya protección son responsables.

Pero lo que resulta paradójico es que la esfera privada ha sido en sí misma una fuente de riesgo para la seguridad de las mujeres. Gran parte de los ataques a su vida y a su integridad sexual han tenido y tienen lugar, precisamente, en el contexto de relaciones familiares o análogas. Esto se ha puesto en evidencia en los últimos años en los que estamos asistiendo a una escalada de la denominada violencia doméstica, que es básicamente violencia sobre las mujeres ejercida en el ámbito familiar ²¹. La pérdida de libertad que conlleva someterse al dominio del varón no parece encontrar contrapartida en la mayor seguridad que gracias a ello se obtiene.

No puede desconocerse, sin embargo que es en el momento en el que las mujeres están consiguiendo liberarse jurídicamente del dominio del varón en el ámbito doméstico y tener reconocidas las mismas libertades en la esfera pública, cuando constatamos que el ámbito familiar es especialmente inseguro para las mujeres. Los casos de muerte violenta de las mujeres a manos de sus maridos o parejas ha aumentado en los últimos años igual que lo han hecho las denuncias por malos tratos y agresiones sexuales. La mayor violencia doméstica ahora constatable se debe en buena parte, a que las mujeres quieren tener la libertad de decidir el fin de sus relaciones aunque sus parejas no lo acepten: muchos de los homicidios de mujeres por sus parejas se producen porque el varón no acepta ser abandonado por su mujer. Ahora bien, sería inadmisibles extraer de ello el razonamiento siguiente: si la pérdida de seguridad de la mujer se debe a su mayor libertad, la forma de evitar aquella inseguridad es que renuncie a su nueva libertad; de lo contrario tendría que aceptar que sólo puede ganar libertad a costa de perder seguridad. Varios motivos se oponen a esta conclusión.

En estos momentos nos hallamos en una etapa transitoria en la que en el imaginario de muchos hombres pervive, todavía, la creencia en el dominio legítimo de los varones sobre las mujeres, y como éstas ya no lo aceptan muchos hombres recurren a la violencia como forma de mantenerlo. Si observamos los casos de muerte, vemos que es cierto que la mayoría de ellos tienen lugar en el contexto de una separación, es decir, procesos en los que la mujer ha decidido por su cuenta no seguir manteniendo relaciones afectivas. En la medida, sin embargo, en que no se admita socialmente que los hombres están legitimados para imponer su voluntad de dominio sobre las mujeres, esta conducta reactiva de violencia frente a esta clase de frustración probablemente irá desapareciendo.

²¹ Según el informe publicado por la Federación de mujeres separadas y divorciadas en el año 2003 fallecieron 97 mujeres a manos de sus parejas o ex parejas. En el año 2004, la cifra ha sido de más de 100. En más de la mitad de los casos la pareja se encontraba en fase de ruptura.

Ello no significa suponer que pueda erradicarse totalmente la violencia en el manejo de las relaciones interpersonales. Prueba de ello es que en las relaciones homosexuales también hay agresiones físicas y que también las mujeres pueden responder violentamente a la frustración que siempre conlleva ser rechazado afectivamente por alguien o soportar durante un tiempo formas de actuación que son incompatibles. Pero una cosa es la reacción de un individuo al que le cuesta controlar su agresividad frente a la frustración y otra cosa es obrar violentamente con la convicción de que se tiene competencia para imponer por la fuerza la propia voluntad.

Además, en la medida en que las mujeres interioricen que no han de estar sometidas al dominio de los hombres, será más difícil que se acepten situaciones de maltrato que suelen ser el prelude de agresiones contra la vida, la integridad física o psíquica y la libertad sexual. O dicho de otra forma, las mujeres podrán más fácilmente adoptar, por sí mismas, comportamientos de prevención de la agresión cuando los comportamientos de dominio de los hombres sobre las mujeres se consideren socialmente intolerables. El dominio masculino se ha podido mantener durante tanto tiempo porque también las mujeres lo han aceptado sin cuestionarlo políticamente. El que en los últimos años hayan aumentado las denuncias por malos tratos y agresiones sexuales en el entorno familiar no significa que ahora se den más que antes, salvo en lo que se refiere a muertes. Con esta última salvedad, lo razonable es suponer que antes la violencia doméstica tenía lugar con igual o mayor frecuencia. La diferencia es que antes se soportaba como algo inevitable e incluso justificado y ahora no se tolera y se denuncia ²².

2.2 Seguridad económica

El análisis de la seguridad realizado por el feminismo también ha puesto de relieve un elemento que merece una especial consideración: muchas de las mujeres cuya seguridad física en el ámbito doméstico está amenazada no pueden salir de esta situación porque fuera de él carecen de la más mínima seguridad económica. Podría afirmarse, por ello, que las mujeres, aun en los casos en los que hay riesgo para su seguridad física, tienen bajo el dominio del varón garantizada una cierta seguridad: la económica.

Si en el plano político, las teorías del contrato social pueden servir para explicar y estructurar racionalmente la existencia del poder político también permiten ofrecer una justificación de las nuevas relaciones económicas que surgen en oposición a las viejas estructuras económicas gremiales y familiares.

²² Sobre el absolutismo del cabeza de familia y las consecuencias que para los sometidos comporta, MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, pp. 185 ss., 234.

En el estado de naturaleza se supone que los individuos no están sujetos a ninguna relación política, laboral o familiar, a diferencia de lo que sostienen las concepciones organicistas, como la aristotélica. Son libres para ceder al estado su libertad a cambio de seguridad, pero no quedan sujetos desde el punto de vista económico a los límites y cortapisas que imponían las estructuras corporativas de las anteriores formas de organización política. Son iguales para intercambiar su fuerza de trabajo en el contexto de un poder político que no interferirá para garantizar la seguridad económica. La seguridad económica es una competencia individual, no institucional. El Estado sólo tutela el disfrute de la propiedad y que las transferencias puedan realizarse de forma libre en el mercado. Sólo debería intervenir, a través de las normas civiles y penales, para evitar la coacción y el fraude.

En el contexto de un mercado de trabajo competitivo en el que se intercambia mano de obra por un salario, el principio de distribución salarial dependerá básicamente del trabajo realizado por unos sujetos que son iguales entre sí en cuanto habilidades y disponibilidad horaria. Pero los puestos de trabajo y la producción están diseñados teniendo como modelo de trabajador a un sujeto que no tiene que cuidar materialmente de otras personas. Las labores de cuidado, excepto en determinados casos, no son retribuidas al no contar como trabajo productivo y son las que llevan a cabo las mujeres en el ámbito doméstico ²³.

Tradicionalmente, los salarios de los varones se han sobreentendido por lo general, a partir de un determinado momento profesional, como salarios a percibir por el cabeza de familia destinados a cubrir las necesidades familiares ²⁴. Las mujeres, predominantemente de la clase

²³ Stuart Mill incluía entre estas labores de cuidado la educación en los afectos y, a través de éstos, de la conciencia moral, pero señalando expresamente que esto no es una ocupación, una tarea, sino que se efectúa estando con el niño, haciéndole feliz, frenando los malos hábitos, queriéndole y haciéndose querer por él. Aunque también señale que: «La mayor ocupación de la mujer debe ser *embellecer* la vida: cultivar en su propio beneficio y el de quienes la rodean, todas sus facultades de mente, alma y cuerpo, y todos sus poderes de proporcionar disfrute, y de esparcir belleza, elegancia y gracia por todas partes», considera que nunca serán lo que deben ser hasta que de forma universal estén en la misma situación que los hombres para ganarse la vida. MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, p. 106. Frente a la «ficción doméstica» de Mill, Taylor considera que las mujeres han de tener opciones vitales más allá del matrimonio. Para un examen detallado de las dos posiciones, RUIZ GIL, M. A. *op. cit.*, pp. 65 ss.

²⁴ El «salario familiar», señala Sánchez Muñoz, se introduce en las familias obreras a finales del XIX. SÁNCHEZ MUÑOZ, C., «Feminismo y Ciudadanía», en DÍAZ, E./COLOMER, J. L., (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 368. Como señala Carrasco, a pesar de las transformaciones sociales producidas por la incorporación de las mujeres al mercado laboral «todavía pervive socialmente el modelo familiar hombre proveedor de ingresos/mujer ama de casa. Ello queda reflejado claramente en la estructura y organización social del tiempo y del trabajo: jornadas y vacaciones laborales distintas de las escolares, ausencia casi total de servicios destinados al cuidado de bebés y personas mayores, etc., situación que presupone la presencia continua de alguien (una mujer) en casa». CARRASCO, C., «El ejercicio de la ciudadanía: la ciudadanía oculta de las mujeres», en AUBET, M. J. (coord), *Mujer y ciudadanía*, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2001, 49.

obrero, tenían que acceder al mercado laboral a través de trabajos poco cualificados y con peor remuneración, para ser ejercidos de forma transitoria hasta el matrimonio o como un mero complemento para la economía familiar ²⁵.

Los maridos satisfacen con su salario las necesidades materiales de las mujeres y a cambio éstas realizan las tareas de cuidado necesarias que permiten a los varones dedicarse plenamente a su trabajo de mercado o actividad pública. Pero la seguridad económica que se obtiene a cambio de realizar las tareas de cuidado ha sido especialmente nociva para las mujeres. Por varias razones:

a) La contraprestación económica que se percibe no es personal ni está sujeta a las normas generales a las que normalmente se circunscriben los salarios y que permiten generar expectativas. Cada marido decide autoritativamente qué parte del salario destina a la satisfacción de las necesidades familiares, otorgando un valor muy variable a las tareas de cuidado necesarias.

b) En los casos en los que el marido no puede atender las cargas familiares, por carecer de trabajo o por una remuneración insuficiente, las mujeres deben concurrir al mercado laboral en desigualdad de condiciones con los hombres, pues necesariamente realizan una doble jornada laboral –la pública y la doméstica.

c) La convención social, asegurada jurídicamente, de que el matrimonio es la institución que aporta a las mujeres la seguridad económica y el estatus social, impide que éstas puedan adquirir habilidades profesionales valoradas en el mercado y favorece que desarrollen habilidades que sólo son funcionales para dar cuenta de relaciones de dependencia y disponibilidad.

d) Cuando las mujeres concurren a un puesto de trabajo, para el que tienen igual competencia que los hombres, es probable que se prefiera para desempeñarlo a un hombre frente a una mujer si los dos están casados. Se presupone no sólo que las tareas de cuidado familiar pueden colisionar con los horarios laborales en el caso de las mujeres, no en el de los hombres, sino también que éstos son los que deben mantener a la familia.

3. La seguridad en la esfera pública.

En la actualidad, una lectura, no necesariamente atenta, de las encuestas de opinión y de los programas de los partidos políticos muestra que la delincuencia que afecta a la seguridad de las personas,

²⁵ Incluso Stuart Mill, partidario de que las mujeres recibieran una educación que les permitiera automantenerse, creía que, excepto en la clase de los jornaleros, en un estado de cosas saludable, esto es, un mercado de trabajo en el que no hay el doble de competidores, «el esposo sería capaz, mediante su único ejercicio, de ganar todo lo necesario para ambos, y no habría necesidad de que la esposa tomara parte en la provisión de lo que se requiere para *sustentar* la vida». MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, 104.

de sus bienes o de los bienes comunes se considera un problema grave que debe ser abordado. O, dicho de otra forma, los políticos, con independencia de su orientación ideológica, se han sentido obligados a tomar medidas para tratar de paliar el aumento de la inseguridad ciudadana ²⁶.

Las vías utilizadas para combatirla son normalmente el aumento de los efectivos policiales, de las sanciones penales y la restricción de algunos derechos procesales. Este tipo de intervenciones, su legitimidad y eficacia, han sido objeto de amplia discusión no sólo en los medios de comunicación, sino también en el ámbito académico. Sobre este tema también ha reflexionado el feminismo y gracias a ello podemos saber cómo perciben las mujeres el problema de la inseguridad.

Aunque hemos señalado que muchos de los ataques a la vida y a la integridad sexual de las mujeres tienen lugar en el ámbito familiar, esto no supone que éstas no se sientan inseguras frente a extraños y que no sean agredidas por ellos. Muchos estudios victimológicos muestran que las mujeres expresan mayores sentimientos de miedo que los hombres de su misma edad y educación. Las conductas que les crean más inseguridad son la violencia sexual, las agresiones físicas y los robos. Este sentimiento de mayor inseguridad parece que no se corresponde siempre con algunos hechos. Aunque es cierto que las agresiones sexuales afectan muy mayoritariamente y de forma grave a las mujeres, éstas son menos víctimas de delitos que los hombres si consideramos los delitos y las víctimas sin desagregar ²⁷. Se daría, en este sentido, un cierto desequilibrio entre inseguridad objetiva (tasa de criminalidad) e inseguridad subjetiva (sentimiento subjetivo de victimización).

No obstante, Bodelón y Querol encuentran criticable que cuando en los estudios sobre la seguridad se introduce la variable de género se suele hablar de miedo en lugar de inseguridad. Es decir, mientras que los hombres se sienten inseguros, las mujeres tienen miedo. Un concepto peyorativo como el miedo se asociaría a las mujeres mientras que para los hombres sería pertinente un concepto neutro como el de inseguridad. Volverían a correlacionarse mujeres e irracionalidad al no corresponderse exactamente la seguridad objetiva con la subjetiva ²⁸.

El que las mujeres tengan más sentimiento de miedo que los hombres y se sientan más indefensas, pese a ser menos víctimas de delitos que los hombres, no es, sin embargo, irracional. En cifras globales, la mayor parte de víctimas son hombres, pero ya hemos dicho que hay una clase de delitos graves, las agresiones sexuales, en los que la

²⁶ Philippe Robert ha señalado que la inseguridad ciudadana surge a mediados de la década de los setenta como un problema social y político significativo y que desde entonces no ha dejado de ser una de las cuestiones sociales más importantes. ROBERT, P. H., *El ciudadano, el delito y el Estado*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 78.

²⁷ CREAZZO, G., en *Differenza di genere e politiche di sicurezza nelle città europee. Quaderni di città sicure*, núm. 17, Maggio/Giugno, 1999, p. 105.

²⁸ BODELON, E./QUEROL, E., en *Differenza di genere...* cit., p. 127.

inmensa mayoría de víctimas son las mujeres. En estas agresiones es casi siempre determinante la condición sexual de la víctima. Dicho de otra forma, las mujeres saben que simplemente por el hecho de ser mujeres pueden ser objeto de una acción violenta por parte de los hombres²⁹. También saben que los hombres normalmente tienen más fuerza física, una conducta sexual más promiscua y que, en general, sus pautas de conducta habituales son más agresivas, ya que han sido socializados en la competencia y la separación. Por otra parte, tanto en estos delitos como en los demás, si además de fijarnos en las cifras de victimización observamos las de los autores de los delitos, veremos que la mayoría de delincuentes son hombres. Es comprensible, por tanto, que las mujeres se sientan más inseguras que los hombres frente a la delincuencia.

Los hombres declaran tener menos miedo a la delincuencia, pero cuando lo tienen va referido a la conducta de otros varones desconocidos, sobre todo si son extranjeros, pero no a la de las mujeres. Y sus miedos no se proyectan a su corporeidad sino a sus bienes y posesiones. Como señala Ventimiglia, las mujeres temen mayoritariamente por lo que son, los hombres por lo que tienen³⁰.

Este mayor sentimiento de inseguridad puede explicar también porque hay menos víctimas entre las mujeres: al ser conscientes de su mayor vulnerabilidad, la mayoría adopta conductas de evitación y autoprotección frente a extraños. Es frecuente que las mujeres suelen organizarse para no ir solas por la noche, que eviten lugares oscuros y solitarios, situaciones especialmente conflictivas, los viajes sin compañía, y que desarrollen actitudes de observación y vigilancia sobre el comportamiento de otras personas³¹. Estas estrategias femeninas de evitación y de autoprotección que son eficaces en la esfera pública no funcionan en el interior del espacio doméstico. En la medida en que las mujeres pueden defenderse peor de las agresiones de los propios familiares que de las de los extraños, es comprensible que el espacio doméstico halla sido y sea todavía especialmente inseguro para las mujeres.

Para garantizar la seguridad de las mujeres en la esfera pública es imprescindible acompañar la vigilancia policial con algunas medidas que favorezcan la autoprotección y la prevención, por ejemplo reserva de plazas de *parking* en las zonas más próximas a las entradas o salidas, buena iluminación, cámaras de seguridad, transportes públicos fiables, mejoras en los accesos y mantenimiento de las zonas verdes, los espacios urbanos y los edificios públicos, combinar el tráfico peatonal con el de bicicleta, evitar compartimentar la ciudad en zonas residenciales y comerciales que quedan desiertas a partir de un horario determinado, elaborar mapas de las ciudades en los que se localicen los

²⁹ PICT, T./VENTIMIGLIA, C., *Che Genere di Sicurezza. Dona e uomini in città*, Milano, Franco Angeli, 2001, pp. 63, 65, 81.

³⁰ PITCH, T./VENTIMIGLIA, C., *op. cit.*, p. 197.

³¹ MALUCCELLI, L./SELMINI, R., en *Differenza di genere...* cit., p. 94.

espacios más inseguros³², intervenir socialmente en el ciclo social de la pobreza y la marginación, etc.³³.

A partir de lo que hemos analizado podemos convenir que para las mujeres no ha sido especialmente satisfactorio el modelo de «contrato social» por medio del cual se obtiene seguridad a cambio de ceder libertad. La pérdida de libertad que comporta es indiscutible y es discutible que la seguridad que puede obtenerse a cambio la compense. Pues, aun suponiendo que la protección del varón pueda evitarle ser agredida por otros varones³⁴, esta seguridad se obtiene a costa de que: el poder político no intervenga en el ámbito de las relaciones familiares, que siempre han sido peligrosas para la vida y la integridad física y sexual de las mujeres; no se discuta políticamente, desde el propio paradigma igualitarista e individualista liberal, cómo deberían distribuirse las tareas de cuidado en el contexto de un mercado de trabajo competitivo que proporciona a los individuos los medios de subsistencia; se excluya a las mujeres de la vida pública. Estas teorías, que eran rupturistas en cuanto a la legitimación del poder político, no impidieron que siguieran en pie los pilares de la sociedad patriarcal.

Convenimos con Stuart Mill en que esta sociedad patriarcal, que las teorías del contrato no deslegitiman, «nunca fue el resultado de la deliberación, previsión, ideas sociales, o noción alguna de lo que conduciría al beneficio de la humanidad o el buen orden de la sociedad. Surgió del simple hecho de que desde el primer crepúsculo de la sociedad humana toda mujer (debido al valor que le otorgaban los hombres, combinado con su inferioridad en fortaleza muscular) se encontró en estado de cautiverio de algún hombre»³⁵.

IV. LIBERTAD Y SEGURIDAD EN UN NUEVO CONTRATO SOCIAL

Las teorías del contrato social han sido cuestionadas como instrumentos adecuados de explicación justificatoria de las estructuras socio-políticas. Al tratarse de contratos ficticios, esto es, contratos que

³² Se trata de evitar los denominados, «Angst-Räume» (espacios de miedo), como señala SABADELL, A. L. en *Differenza di genere...* cit., p. 43.

³³ Para ver, además, otras medidas convenientes, CREAZZO, G., *op. cit.*, p. 69.

³⁴ Aunque hay otras medidas que podrían ser más eficaces y son las que se adoptaron cuando la burguesía reclamó más seguridad frente a los pequeños robos. Cuando se vio que la amenaza de penas desproporcionadas carecía de efecto intimidatorio por la ausencia de policía urbana, no se intentó satisfacer esta seguridad con el recorte de algunas de sus libertades sino con la creación en 1829 de una *Metropolitan Police*. Con ello se inició un modelo policial nuevo formado por profesionales a tiempo completo, civiles, prácticamente desarmados, dependientes del gobierno central que se encargaban de vigilar constantemente el espacio público urbano. ROBERT, P. H., *op. cit.*, pp. 61 ss.

³⁵ MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, p. 153.

nunca han existido realmente se hace difícil sostener que lo que ellos establecen tenga fuerza obligatoria y hayan sido aceptados por alguien. A su vez, la figura contractual presupone que todos los contratantes tienen unos objetivos parecidos y poseen unas cualidades mínimas comunes de competencia. Evidentemente esto es un inconveniente pues no refleja la realidad de los sujetos que son el sustrato de aquella forma de organización política que, a través del contrato, se quiere constituir y legitimar. Este inconveniente sólo puede paliarse concibiendo de forma muy abstracta a los sujetos que contratan y los objetivos últimos del contrato.

Pese a ello, la ficción del contrato social se puede seguir utilizando porque es coherente con los presupuestos culturales, todavía vigentes, de las sociedades occidentales contemporáneas. Nuestra cultura se basa en el valor de la individualidad y la autonomía moral, pese a las críticas que pueden hacerse a formas concretas de entender cómo se constituye y concreta. La institución contractual está concebida, precisamente, para facilitar que sujetos dotados de autonomía puedan obligarse a realizar una determinada conducta respecto de otros individuos o instituciones y a constituir una determinada asociación³⁶.

Si bien el modelo contractual es adecuado para crear una asociación, no lo es para explicar la relación entre los individuos y los grupos de los que forman parte. Los individuos se hallan inmersos en relaciones, procesos y estructuras sociales dadas, que, en ningún caso, han sido constituidas en virtud de su aceptación. En un sentido más estricto, tampoco lo han sido las formas de organización política. Pese a ello es razonable recurrir a la figura contractual para dar cuenta de las obligaciones que contraerían aquellos individuos que participasen en la elaboración y aprobación de un texto constitucional y que, en base a él, conformasen una forma concreta de organización política.

El contrato que vamos a presuponer serviría, sólo, para establecer unas nuevas bases en la forma de organización política, no para constituir un grupo. Los individuos que aceptan el contrato contraen obligaciones personales aunque su identidad personal, como señalaremos más abajo, esté definida, en parte, por su pertenencia a uno o varios grupos sociales. Utilizamos la figura contractual básicamente, pues, para enfatizar que la constitución de una determinada forma de organización política puede ser el resultado de un cierto proceso reflexivo al final del cual se puede llegar a un acuerdo que generaría la obliga-

³⁶ Este individualismo moral es el que subyace a la cultura de los derechos humanos y es lo que hace que éstos sean atractivos a las personas no occidentales, ya que, según Ignatieff, se trata del único dialecto moral universal «que recoge las demandas de las mujeres y niños contra la opresión que experimentan en las sociedades tribales y patriarcales; es el único que permite a las personas dependientes percibirse a sí mismas como agentes morales y oponerse a costumbres –matrimonios pactados por la familia, el *pardach*, la discriminación civil, la mutilación genital, la esclavitud doméstica, etc.– ratificadas por el peso y la autoridad de sus culturas». IGNATIEFF, M., *op. cit.*, p. 88.

ción de actuar según los términos del mismo. En la medida en que la realidad social es cambiante y los individuos que suscriben el pacto también, el contrato siempre está abierto a una posible revisión y a la adhesión o rechazo de los individuos que no lo han suscrito.

Un nuevo contrato social, para que pueda ser aceptado por unas mujeres que quieren ver satisfechas su libertad y su seguridad en igualdad de condiciones que los varones, no puede partir de los presupuestos en los que se asentaron y se asientan las teorías contractualistas. Pero este nuevo contrato, igual que en el caso de aquellas teorías, no tiene lugar en el vacío, sino que, necesariamente, se pacta en el contexto de unas determinadas coordenadas socio-políticas.

Nuestras sociedades, convertidas en estados de bienestar, a raíz de las críticas del socialismo y el marxismo, han asumido unos principios que no formaban parte del liberalismo tradicional, pero que necesariamente subyacen a las propuestas que haremos sobre el contenido del nuevo contrato. Tales principios son: *a)* el Estado debe intervenir en el ámbito de la esfera económica para conseguir alcanzar el máximo bienestar público. Esto supone que la actividad económica y la producción pertenecen al ámbito de la esfera privada que no puede tampoco quedar al margen de la interferencia estatal; *b)* los ciudadanos tienen derecho a que algunas necesidades básicas sean satisfechas por la sociedad y si éstas no pueden ser satisfechas por el mercado es el propio Estado el que debe satisfacerlas. Es decir, los ciudadanos gozan de más derechos que los derechos políticos y civiles; *c)* la cooperación social se debe llevar a cabo por medio de procedimientos establecidos y burocratizados y no a través de decisiones arbitrarias y personalizadas, salvaguardando la igualdad formal. Así pues, el acceso a las actuales amplias funciones de organización social, que confieren estatus y poder social han de basarse en el mérito y ejercerse conforme a reglas impersonales ³⁷.

No es posible aquí concretar los extremos de un nuevo contrato social capaz de garantizar a las mujeres un equilibrio razonable y factible entre seguridad y libertad. Sin embargo pueden esbozarse algunos principios al respecto que en parte subyacen a muchos de los cambios socio-jurídicos que se están llevando a cabo en nuestras sociedades a raíz de las críticas del feminismo y de otros movimientos sociales.

– La esfera privada ya no puede ser entendida sólo como aquel espacio, libre de regulación jurídica, en el que el individuo desarrolla sus elecciones personales y se autorrealiza, sino que ha de estar sometido también a una regulación que garantice la protección de los derechos individuales. Es preciso, además, tener en cuenta que las elecciones personales sólo pueden materializarse si políticamente se crean las condiciones externas necesarias para ello y que las propias eleccio-

³⁷ YOUNG, I. M., *op. cit.*, pp. 117 ss.

nes personales, determinadas por ciertas aptitudes y habilidades, vienen favorecidas u obstaculizadas por el entorno social en el que vivimos y que ha sido configurado políticamente.

La politización de lo privado no significa, sin embargo, que no pueda quedar espacio alguno a la libertad como libertad de acción individual sin interferencia política. Más bien de lo que se trata es que desde lo público se establezcan las condiciones necesarias para que la autonomía individual puede ser ejercida por todas las personas y no sólo por unas. Por ello, no es incompatible seguir afirmando que todos los individuos tienen derecho a poder dejar fuera de la intervención estatal y de la observación pública determinados comportamientos y aspectos de su vida.

Esta mediación política de la privacidad presupone, sin embargo, que el individuo no es una realidad ontológica anterior a lo social. Frente a una concepción de la subjetividad en la que el yo es anterior y sustrato de posteriores determinaciones, la identidad personal se concibe más bien como el resultado de la interacción lingüística y práctica que se desarrolla en el seno de determinados grupos sociales. La identidad personal no puede desvincularse, por tanto, de cómo nos identifican otras personas, y éstas lo hacen en términos de grupos asociados a unas determinadas características estereotipos y normas.

Pero ello no debe llevarnos a pensar que son los grupos los que poseen una realidad sustantiva. Como advierte Young: «No hay una naturaleza común compartida por los miembros de un grupo. Más aún, en la medida en que son aspectos de un proceso, los grupos son fluidos: así como aparecen pueden también desaparecer»³⁸. Los individuos no sólo pueden abandonar un grupo y entrar en otro nuevo, sino que en las sociedades modernas todas las personas forman parte de diversos grupos sin que se sea totalmente consciente de su pertenencia a él en un determinado momento.

Lo que diferencia al feminismo del liberalismo, según Miyares, es que éste nunca cuestionó la vida privada, identificó libertad con privacidad sin tener en cuenta que ésta ha sido un espacio de injusticia para las mujeres, y se centró, sobre todo, en limitar el espacio de lo público para que éste no ahogase la libertad individual y se convirtiera en un poder injusto. Para el feminismo, sin embargo, la libertad no puede reducirse a la posibilidad de desarrollar en el ámbito de la privacidad las elecciones personales. En la medida en que afirmamos el carácter político de lo privado y la constitución social de la identidad, la libertad ha de extenderse a la posibilidad de participación en los procesos políticos, pues a través de ellos es posible identificar y cambiar formas de vida opresivas³⁹.

³⁸ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 85.

³⁹ MIYARES, A., *Democracia feminista*, Madrid, Cátedra, 2003, pp. 49 ss. y 181 ss.

– Las tareas de cuidado, de las que ninguna sociedad puede prescindir, deben ser competencia de todos los miembros de la sociedad y no sólo una tarea de las mujeres. Las mujeres, en tanto individuos sexuados, son las únicas que pueden contribuir a la reproducción social a través de la gestación, el parto y la lactancia. La gestación y el parto difícilmente pueden redistribuirse, pero las demás tareas de cuidado, atención a los niños, enfermos y ancianos, sí. Los hombres han de ocuparse de ellas en igual medida que las mujeres. Si la reproducción es una necesidad social y no una mera elección personal, y no sólo es muy difícil, sino también inconveniente, que las tareas de cuidado puedan ser satisfechas totalmente por el mercado a través del trabajo remunerado, ha de estructurarse el mercado laboral y la función pública de forma tal que el trabajo remunerado de hombres y mujeres sea compatible con la reproducción y las tareas de cuidado.

– Si aceptamos que todas las personas tienen igual valor moral, las decisiones sobre los objetivos y reglas que conforman el marco político, en cuyo seno se realizan las elecciones personales y las políticas públicas, deben tomarse de forma colectiva. La democracia sería una condición de la libertad en el sentido de la autodeterminación. Convenimos con Young que: «Tener y ejercer la oportunidad de participar en las decisiones colectivas que afectan a nuestras acciones, o a las condiciones de nuestras acciones, propicia el desarrollo de la capacidad de pensar sobre nuestras propias necesidades en relación con las necesidades de otras personas, interesarnos por la relación entre las demás personas y las instituciones sociales (...) sólo esta participación puede dar a las personas una sensación de relación activa con las instituciones y procesos sociales, una sensación de que las relaciones sociales no son naturales sino que están sujetas a la invención y al cambio»⁴⁰.

Pero no hay que creer que los procesos democráticos, sin más, lleven a soluciones satisfactorias desde el punto de vista de la justicia. Es probable que las personas con mayores posibilidades de expresión, influencia y poder pueden determinar resultados injustos y opresivos. Es necesario, por ello, que la democracia se inscriba en un contexto constitucional que considere inamovible la protección de derechos políticos, civiles y económicos, que no se identifique necesariamente democracia con poder local, y que los procedimientos democráticos tengan lugar no sólo en el ámbito del poder legislativo sino también en las instituciones privadas o en los aparatos burocráticos⁴¹.

Ahora bien, dado que la identidad personal se define, en parte, por la inclusión del sujeto en determinados grupos sociales es necesario examinar si conviene otorgar representación y relevancia en los grupos sociales oprimidos en los procesos deliberativos. Algunos autores consideran que es un hecho que los grupos existen, que son constituti-

⁴⁰ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 159.

⁴¹ YOUNG, I. M., *op. cit.*, pp. 161s.

vos de la identidad de las personas, pero que, en cuanto tales, no sólo son una fuente de limitaciones, incluso para aquellos individuos que integran los grupos privilegiados, sino también el exponente de una sociedad no igualitaria. Por ello, en una sociedad verdaderamente igualitaria, las diferencias de grupo no deberían tener relación alguna respecto de las ventajas o desventajas institucionales ⁴².

Este ideal asimilacionista no es compartido por los partidarios del ideal de la diversidad, o del pluralismo democrático radical. Según éstos, no puede desconocerse que el ideal de la asimilación, es decir, la lucha por eliminar las diferencias de grupo, ha sido decisivo en el proyecto de emancipación humana. La lucha por el valor igual de todas las personas es lo que permite, precisamente, tomar en consideración que los componentes de ciertos grupos sociales se hallan discriminados en relación a los miembros de los grupos privilegiados.

Pese a esta aceptación del valor igualdad consideran que la implantación de la igualdad formal no elimina las diferencias sociales, y que el compromiso retórico con la igualdad de las personas tiene como efecto negativo que no se analicen de qué manera las diferencias sociales todavía existentes siguen estructurando el privilegio y la opresión» ⁴³. En la medida en que los grupos sociales existen y algunos ocupan una posición de privilegio, querer ignorar las diferencias tiene como consecuencia que los grupos oprimidos deban adoptar pautas que no les son propias ⁴⁴. Frente a estas observaciones, los asimilacionistas contraargumentan diciendo que ignorar la diferencia no significa tener que adaptarse a las instituciones dadas, producto de un determinado grupo social, sino transformarlas con reglas tan neutrales que no representen ninguna desventaja para los miembros de los grupos no dominantes. Es más, incluso pueden considerar que pueden ser apropiadas medidas de acción positiva de carácter temporal hasta que las estructuras sociales permitan satisfacer el ideal asimilacionista. Esta sería la solución preferible, pues si se acepta la diferencia ¿no se corre el riesgo de que se considere correcto otorgar menos valor a cosas que son desiguales?

Los partidarios del pluralismo democrático radical entienden que, pese a este posible peligro, sólo si se reconoce el significado público y político de las diferencias entre grupos sociales es posible afrontar adecuadamente el dilema que plantea la diferencia. Así se hace cuando la diferencia no tiene un sentido excluyente sino emancipatorio. En

⁴² YOUNG, I. M., *op. cit.*, pp. 266s.

⁴³ YOUNG, I. M. *op. cit.*, p. 276.

⁴⁴ Según Young, básicamente por tres razones: a) la asimilación comporta que los integrantes de los grupos oprimidos deben adaptarse a los criterios y reglas establecidos por el grupo dominante, lo que les sitúa en una clara posición de desventaja; b) perpetúa el imperialismo cultural porque parece que el punto de vista de los grupos privilegiados sea neutral y universal, cuando en realidad no lo es; c) el ideal de asimilación provoca sentimientos de autoaversión, pues las personas que integran un grupo se sienten avergonzadas por no tener la identidad a la que deberían adaptarse. YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 278.

la medida en que se reconoce y afirma el significado público y político de las diferencias se consigue realmente «asegurar la participación e inclusión de todas las personas en las instituciones sociales y políticas»⁴⁵. Para ello es necesario que la diferencia no se entienda como la alteridad absoluta, como lo totalmente otro respecto de un grupo modelo, sino como especificidad, variación. Entendida como una función de la comparación entre grupos –las mujeres son tan específicas como los hombres, los negros como los blancos–, la diferencia se presenta «no como una descripción de los atributos de un grupo, sino como una función de las relaciones entre los grupos y de la interacción de los grupos con las instituciones»⁴⁶.

En base a esta concepción no sustantiva, sino relacional, de la diferencia los grupos no se excluyen mutuamente. Pueden perfectamente compartir muchas características comunes. Es más, los distintos grupos siempre son similares en muchos aspectos y pueden compartir no sólo características comunes sino también experiencias y objetivos. Esta concepción también implica que no existe una identidad de grupo fija e inmutable que permita distinguir con claridad a quién forma o no parte de él. La identidad de grupo es más bien el producto de la interacción social entre sujetos que tienen afinidades particulares con otros. La identidad de grupo «se construye a través de un proceso que fluye, en el que los individuos se identifican a sí mismos y a otros en términos de grupos, y así la propia identidad de grupo fluye y varía con los cambios en el proceso social»⁴⁷.

Pero es necesario resaltar que la aceptación del pluralismo cultural democrático no implica, según este planteamiento, renunciar a los derechos individuales. Más bien requiere la existencia de un sistema dual de derechos: un sistema general de derechos que son comunes a todas las personas y un sistema más específico de políticas y derechos con conciencia de grupo. Este tipo de pluralismo es especialmente adecuado para responder adecuadamente a las necesidades de libertad y seguridad de las mujeres⁴⁸.

⁴⁵ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 283.

⁴⁶ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 288.

⁴⁷ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 289.

⁴⁸ Aunque los grupos aportan a los individuos un marco de referencia dentro del cual obtiene sentido la vida individual, los intereses individuales y los colectivos siempre van a estar en conflicto. Por ello, los derechos individuales deben entenderse como esferas de protección de la individualidad que las exigencias colectivas no pueden traspasar. Ignatieff señala, con razón, que los derechos humanos no deslegitiman necesariamente la cultura tradicional. A modo de ejemplo señala que: «Las mujeres de Kabul que llegan a las delegaciones de las organizaciones de derechos humanos occidentales en busca de protección frente a las milicias talibanes no quieren dejar de ser esposas y madres musulmanas; quieren combinar el respeto por sus tradiciones con la educación y con cuidados médicos profesionales proporcionados por una mujer. Esperan que estas organizaciones les ayuden a evitar que las golpeen y que las persigan por reclamar estos derechos». IGNATIEFF, M., *op. cit.*, p. 92.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

¿Está justificado que se limiten algunas libertades para garantizar la seguridad?

Planteada en estos términos la pregunta, la respuesta razonable parecería ser la afirmativa. Pero una respuesta rotunda en sentido afirmativo sólo es razonable cuando la pregunta se hace en abstracto. Porque cuando se piensa en abstracto se presupone normalmente que la colisión se da entre la libertad de todos y la seguridad de todos. Es decir, que para garantizar la seguridad de todos es necesario limitar la libertad de todos, o que, como mínimo, el sacrificio de las libertades de algunas personas es necesario para garantizar una mayor seguridad para todos. Pero cuando la tensión libertad-seguridad se aborda desde perspectivas más concretas podemos ver ya que los conflictos entre la libertad y la seguridad no se ajustan necesariamente a este patrón. Se hace por ello necesario ser muy precavido en las respuestas.

Si no se hace se corre el riesgo de que en aras de la seguridad se sacrifiquen las libertades de ciertos individuos o grupos sin que ello suponga un beneficio mayor para su propia seguridad; que el sacrificio de algunas libertades de ciertos individuos o grupos redunde en un riesgo mayor para la propia seguridad de los individuos o grupos cuyas libertades se han limitado; el sacrificio de las libertades de ciertos individuos o grupos sirva sobre todo para proporcionar una mayor seguridad a personas o grupos cuyas libertades no han sido limitadas en la misma medida.

Cuando se plantee una situación en la que se proponga limitar las libertades para garantizar la seguridad es necesario examinar no sólo la necesidad y eficacia de la limitación sino también si hay otras alternativas. La limitación de la libertad de las mujeres a cambio de la protección de los varones no sólo no ha sido especialmente eficaz para garantizar su seguridad sino que había alternativas mejores. En este caso, la mejor alternativa era favorecer una mayor autonomía para las mujeres. Una mayor autonomía sólo se puede conseguir, como señala Pitch, cuando se puede disponer de recursos económicos, sociales y culturales que son los que posibilitan asumir ciertos riesgos y generar confianza ⁴⁹.

La seguridad de las mujeres, igual que la de los ciudadanos en general, no se mantiene a largo plazo limitando las libertades. No es deseable que la evitación del riesgo se consiga a base de quedar en una situación de dependencia, sino que la seguridad debe construirse en torno a la confianza en uno mismo y en los demás. Si se quieren crear condiciones sociales adecuadas para que pueda materializarse esta comprensión de la seguridad, una de ellas deberá ser, sin duda, el fortalecimiento de la libertad. La única forma efectiva a la larga de

⁴⁹ PITCH, T./VENTIMIGLIA, C., *op. cit.*, p. 219.

crear seguridad es a través de la construcción de un estado social robusto en el que la garantía de las necesidades básicas tenga como objetivo crear las condiciones necesarias para la libertad y la responsabilidad de todas las personas. Pero, a su vez, para la determinación concreta de estas necesidades y condiciones es necesario articular formas de participación en los que tengan voz las personas y grupos afectados.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

El papel del juez en el Estado constitucional

Por M.^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.
2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.—3. VOLUNTAD, RAZÓN Y DERECHO.

1. LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución española de 1978 forma parte de la cultura jurídica que podemos identificar como continental europea occidental y, por tanto, reúne unas características similares a las de otras constituciones que se citan como representativas del constitucionalismo —continental europeo occidental— posterior a la Segunda Guerra Mundial.

La más significativa de estas características es, precisamente, que se trata de textos constitucionales que proclaman una serie de valores y que declaran una lista de derechos y, esto es lo realmente determinante, reclaman el carácter vinculante de todos ellos. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 9.1 de la Constitución española, conforme al cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Ciertamente, no siempre ha estado claro a partir de la lectura del texto constitucional que los derechos y los deberes constituyan normas dotadas de una eficacia jurídica equivalente a la de las restantes normas del ordenamiento. Muy al contrario, históricamente, la parte «dogmática» de la Constitución, que ahora se denomina «material» se concebía como una mera declaración de intenciones o, a lo sumo, como un parámetro de la legitimidad del poder. En ningún caso, por tanto, los contenidos materiales de la Constitución tenían operatividad jurídica en tanto en cuanto no fuesen trasladados a la ley.

Sin embargo, lo veremos con mayor detenimiento en relación con los derechos; en la práctica, el constitucionalismo en la Europa occidental ha caminado hacia un esquema en el que el Tribunal Constitucional tiene competencia para decidir si el legislador ha infringido, por razones de contenido o por razones de competencia, la Constitución. La fórmula política en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la Ley como fuente del Derecho, ha dado en llamarse Estado Constitucional.

El fenómeno se interpreta de diversas formas, que dan lugar a otras tantas teorías. De tal modo, podemos situar por un lado a quienes lo explican desde un concepto no positivista de Derecho y hablan del Estado constitucional como algo diferente, desde el punto de vista político, del Estado de Derecho. Por otro lado, en el contexto del Estado constitucional algunos autores mantienen un concepto positivista del Derecho. De entre estos últimos, en el ámbito político, algunos consideran que el Estado Constitucional es prolongación del Estado de Derecho; sin embargo, también los hay que entienden que estamos ante una fórmula diferente. Los primeros mantienen la prioridad de la democracia como criterio de legitimidad del poder y, por tanto, defienden la necesidad de encontrar fórmulas para que la última palabra a propósito de la realización de los contenidos materiales de la Constitución la tenga el Parlamento. Los segundos, por el contrario, entienden que la prioridad la tienen los derechos y que el Estado constitucional supone atribuir al órgano de control de constitucionalidad la decisión última sobre su sentido.

De cualquier modo, podemos decir que, en el marco actual, la cultura jurídica puede considerarse tomada por el «paradigma constitucionalista». Entiendo por tal el conjunto de posiciones que tratan de dar respuesta a los distintos problemas asociados con la «eficacia jurídica de la constitución». Este paradigma está cobrando forma al hilo de la consolidación de un concepto normativo de constitución, esto es, con el triunfo de la idea de la Constitución como norma —que se contrapone con la visión dominante durante el siglo XIX y buena parte del XX de la Constitución como un documento de mero valor simbólico—.

Así definido, el modelo abarca también los planteamientos positivistas que afrontan la cuestión que he presentado como básica, y no únicamente aquellas construcciones que recuperan la vinculación conceptual entre Derecho y Moral en este contexto.

Además, conviene advertir de que la representación de la Constitución como norma jurídica no excluye otro tipo de perspectivas. Por el contrario, es perfectamente compatible con una aproximación desde la que se contemple la Constitución como el resultado de una determinada composición del poder¹ o de determinadas opciones éticas. El paradigma constitucionalista, sin embargo, es eminentemente jurídico,

¹ Tradicional es citar a propósito LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad. W. Rocés, Barcelona, Ariel, 2001.

por lo que es la dimensión jurídica de la Constitución la que me sirve como punto de partida para aproximarme a las distintas corrientes que se adscriben a este modelo.

Por otro lado, desde el constitucionalismo se trata de dar respuesta a problemas muy diversos. En el marco en el que se sitúa este trabajo, que es el de la Filosofía del Derecho, se refiere a cuestiones relacionadas con la Ontología, con la Axiología y con la Epistemología jurídica². Pues bien, de todas estas cuestiones me interesa, sobre todas, la relativa al problema de la aplicación de las disposiciones constitucionales por el Tribunal Constitucional y por los jueces y tribunales sometidos al Imperio de la Ley.

Al respecto, considero que el modo en el que se concibe esta tarea por los distintos autores, depende de una serie de opciones previas que afectan de modo muy fundamental a dos cuestiones: la función atribuida a la Constitución y el papel atribuido a la voluntad y a la razón la concepción más general del Derecho.

2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En relación con el primer orden de cuestiones señaladas, es decir, a propósito del papel atribuido a la Constitución en relación con la organización jurídica de la convivencia, es posible, identificar dos modelos. Así, desde algunas posiciones, el problema de la «aplicación» de la Constitución se aborda desde la idea de que es un instrumento que sirve, fundamentalmente, para limitar el poder. Desde otras, por el contrario, el punto de partida lo constituye una visión de la Constitución como instrumento modelador de las relaciones sociales. Podemos denominar a las primeras modelo de la constitución máquina y modelo de la constitución norma a la segunda³.

El primero de estos modelos atribuye a la Constitución el papel de asegurar el equilibrio de poderes. Se trata, a través de la juridificación de una serie de contenidos, de establecer límites a la actuación del poder público, que es el directamente vinculado por el documento constitucional. En el segundo, la Constitución aparece como una norma que vincula tanto a ciudadanos, cuanto a los poderes públicos.

De este modo, si la Constitución es máquina, el órgano de control aparece como un contrapoder político. En este primer caso, se justifica,

² Sigo aquí la tripartición de DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.ª edición, Madrid, Taurus, 1993, pp. 106-120.

³ Utilizo aquí de forma cruzada las tipologías de M. Troper y de R. Guastini. TROPER, M., «La máquina y la norma, dos modelos de Constitución», *Doxa*, número 22, pp. 331-347. GUASTINI, R., «Specificità dell'interpretazione costituzionale?», *Analisi e diritto*, Giappichelli, 1996, pp. 169-186 y pp. 170-171. En *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3.ª edición, trad. M. Gascón y M. Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2001.

además, que sea el Tribunal Constitucional –o el órgano equivalente– quien aplique la Constitución excluyendo al resto. La función de la Constitución es distinta de la de la ley y por ello también deben diferenciarse los órganos competentes para garantizar la eficacia de uno y otro documento.

En el segundo caso, es decir, si la Constitución es, ante todo, norma, todos los tribunales pueden verse en la obligación de hacer respetar la Constitución como norma jurídica y, por tanto, de interpretar su contenido. Además, el control de constitucionalidad de la actuación del legislador no diferiría en sustancia del control de legalidad de la actuación del ejecutivo, ni las cuestiones sobre violación de derechos fundamentales de las cuestiones sobre violación de otro tipo de derechos.

Si adoptamos estos modelos como punto de partida, la fórmula acogida en la Constitución en España ha arrojado un resultado ecléctico. Efectivamente, en relación con el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional podría haber actuado más como un contrapoder –sólo el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley–. Sin embargo, cuando se trata de obtener un pronunciamiento a propósito de la vulneración de derechos fundamentales a través del recurso de amparo, la función del Tribunal Constitucional es claramente equiparable a la que desempeña cualquier otro órgano encargado de determinar si se ha producido una infracción del Derecho –recordemos que también los tribunales ordinarios tienen competencia para decidir en caso de vulneración de derechos–.

De hecho, además, la versión que parece predominar en la forma de argumentar que lleva a cabo el Tribunal Constitucional en torno al control de constitucionalidad, ha sido la de la Constitución norma. En este caso, la nulidad de la ley es representada como consecuencia de un incumplimiento por parte del legislador de sus obligaciones normativamente impuestas. Por otra parte, la eficacia directa de la Constitución y el desarrollo en la jurisprudencia constitucional de la tesis del «efecto irradiación de los derechos» suponen argumentos adicionales que aproximan el modelo constitucional español al de la Constitución norma.

Los derechos se convierten en los criterios materiales últimos de validez de las restantes normas del sistema, con lo que todo comportamiento de creación y aplicación de Derecho supone de algún modo aplicación de los derechos fundamentales; de tal modo que la validez de las normas inferiores queda condicionada por su coherencia con el sentido del que se dote a las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales.

En el ámbito de la dogmática constitucional se maneja, además, un principio, el principio de interpretación conforme, que el Tribunal Constitucional deriva de la superioridad normativa de la Constitución; la Sentencia 9/1981, de 31 de marzo, por citar alguna de las

decisiones más antiguas en las que el principio aparece, contiene el siguiente fundamento jurídico tercero: «la Constitución es una norma –como se ha señalado–, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos que este Tribunal puso ya de manifiesto ... partiendo del doble carácter de Ley posterior y Ley superior que posee la Constitución. El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las Leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su disposición derogatoria número tres, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras. *La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella*».

En la jurisprudencia más reciente se mantiene la presencia del principio de interpretación conforme⁴. Este principio ha sido también convalidado por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual la interpretación conforme lo es por referencia al sentido en el que las normas constitucionales son, a su vez, interpretadas por el Tribunal Constitucional⁵.

La caracterización tiene consecuencias en relación con la justificación de la actuación del órgano que ejerce las funciones de control. En el marco del modelo en el que predomina la versión de la Constitución entendida como máquina, el control de constitucionalidad tiene como objetivo restablecer el equilibrio de poderes, en cuyo esquema se inserta el órgano encargado de llevarlo a cabo que es, por tanto, otro poder del Estado que debe ser legitimado como tal en cuanto al origen y en cuanto al ejercicio. En el contexto en el que la Constitución se plantea preferentemente como norma, y éste es el caso español, el objetivo del control de constitucionalidad es el restablecimiento de la legalidad mediante la aplicación de la Constitución.

⁴ Puede verse al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2002, de 6 de mayo, fundamento jurídico segundo.

⁵ Conviene recordar el contenido de este precepto, conforme al cual «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

3. VOLUNTAD, RAZÓN Y DERECHO

Si consideramos ahora el segundo grupo de cuestiones que ocupa y es objeto de discusión en el nuevo paradigma, nos encontramos con los dos modelos que confluyen en la ideología codificadora: el modelo voluntarista o del Derecho puesto y el «modelo sistemático» o del Derecho descubierto⁶. En mi opinión, se trata de opciones últimas a propósito del concepto de Derecho. Esto es, en última instancia, los distintos conceptos de Derecho dan prioridad a la voluntad o a la razón –lo cual no significa que necesariamente se haya reducido a uno de estos elementos–. La tensión entre ambos adquiere una importancia de primer orden cuando se trata de caracterizar la actividad de aplicación de la Constitución.

En la discusión a propósito del constitucionalismo alemán del período de entreguerras, se producen diversos intentos de respuesta a problemas que reaparecen con fuerza tras la Segunda Guerra Mundial. Precisamente, una buena parte de las dificultades a propósito de la reconstrucción del método jurídico obedece a que en la jurisprudencia están presentes criterios que resultaban coherentes en el contexto de las diversas teorías de aquel período histórico y que no se ha logrado armonizar. Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, hacen extensivo, sin titubeos, el control de constitucionalidad a las normas que contienen disposiciones materiales (por excelencia, derechos fundamentales), al tiempo que los tribunales son habilitados para declarar la nulidad de los actos vulneradores de estas normas.

En este contexto, la discusión que tiene lugar entre H. Kelsen y C. Schmitt, por un lado, y H. Kelsen y R. Smend⁷, por otro, resulta

⁶ Ver, al respecto, TARELLO, G., «Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación», en *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. I. Rosas, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 39-56, p. 42, sobre la concepción voluntarista; y pp. 45-46 para la caracterización de la concepción sistemática, que impone «interpretar los códigos según las exigencias del “sistema” jurídico y según la condición del derecho, que es sistema de proposiciones, con los dogmas conexos de la coherencia, de la completud, de la no restitución, de la analogía fundada en conceptos más bien que en fines, etcétera. Esta alternativa fue favorecida por la reconstrucción del legislador».

⁷ AGAPITO SERRANO, R. DE, «Prólogo» a BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. de Agapito, Madrid, Trotta, 2000, pp. 9-16, p. 10, incluye a Heller en este grupo: «están ahora presentes por ejemplo los criterios que defendieron, sin llegar a integrarlos de un modo coherente en el Derecho constitucional, los juristas públicos de la etapa de entreguerras. Me refiero, por aludir sólo al ámbito del Derecho público alemán, a la reconstrucción de una sistemática global del Derecho desde un enfoque estrictamente jurídico (Kelsen), a la comprensión de la Constitución como el proceso de realización de un objetivo jurídico fundamental (Smend), a la propuesta de una orientación o finalidad material de la norma fundamental (Heller), así como a la interpretación del Derecho constitucional (Schmitt). Y todo este abanico de perspectivas y exigencias encuentra hoy su reflejo en esa fórmula jurídica constitucional que es la decisión fundamental a favor de un Estado constitucional caracterizado, al mismo tiempo y al mismo nivel, como “social”, “democrático” y “de derecho”».

especialmente interesante para comprender algunas de las cuestiones en las que difieren hoy los autores que se enfrentan al mismo problema.

En relación con las propuestas de Schmitt y Kelsen, nos encontramos con dos teorías que pueden ser consideradas como exponentes de una concepción voluntarista. El primero de estos autores aparece como representante de la Constitución entendida como límite al pluralismo –piénsese en el sentido de la figura del defensor de la Constitución–. En este caso, como dije, la concepción del Derecho es voluntarista y, además, la voluntad legítima es la del acto originario de aprobación de la Constitución. La Constitución goza de la legitimidad que le da el ser expresión de la voluntad unitaria del pueblo; en lo sucesivo, la regulación de la convivencia debe atenerse a esa voluntad legítima inicial⁸. El elemento que subraya este autor es la unidad, frente a cualquier otro. Según Kelsen, para Schmitt «la “Constitución” no son ni las normas que regulan los órganos ni el procedimiento legislativo, como tampoco el lugar y la competencia de los más altos órganos de ejecución; es decir, no es ni normas ni “leyes”. “Constitución” es una situación, la situación de “unidad” del pueblo alemán»⁹.

H. Kelsen, sin embargo, sería el máximo exponente de una concepción voluntarista en la que la democracia no se agota en el acto de creación de la Constitución. Precisamente porque el Derecho es voluntad, las decisiones jurídicas se legitiman en el principio democrático. El órgano que cuenta con legitimidad democrática es el Parlamento, en caso de tener que incorporar contenidos de justicia, es a él a quien corresponde la decisión. Los ideales de «equidad», «libertad», «igualdad», «justicia», «moralidad»... presentes en algunas constituciones son susceptibles de diversas interpretaciones dependientes de las concepciones personales de quien interpreta; si se habilita a los tribunales constitucionales para invalidar leyes sobre la base de este tipo de principios, «el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley»¹⁰. Y continúa: «va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple

⁸ SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, trad. M. Sánchez, Madrid, Tecnos, 1983: «cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad».

⁹ KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 78.

¹⁰ KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *Escritos sobre Democracia y Socialismo*, trad. J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155 y p. 143.

capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante –ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente– del poder del Parlamento a una instancia ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible». Al contrario del planteamiento de Schmitt, a la argumentación de Kelsen subyace una opción por el pluralismo como elemento a proteger.

Efectivamente, M Fioravanti considera estos dos modelos representados por Schmitt y Kelsen como las grandes alternativas en nuestro ámbito cultural¹¹. En este sentido, puede resultar interesante reproducir su argumentación, conforme a la cual «las de Schmitt y Kelsen no eran sólo dos interpretaciones distintas y opuestas de la Constitución de Weimar. A partir de ese caso histórico concreto esas dos interpretaciones se propusieron también, y quizás sobre todo, como dos verdaderas y auténticas concepciones alternativas de las *constituciones democráticas del siglo xx*». El aspecto en el que de modo predominante se fija el autor italiano es la posición de cada uno de los autores a propósito del pluralismo. En este sentido, continúa, «para la primera, la de Carl Schmitt, es imprescindible la referencia al poder constituyente: la constitución es democrática porque ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro. Desde ese momento en adelante, la vida de la constitución democrática se desarrolla en aras de su *actuación*, en aras de la necesaria solidaridad entre los poderes constituidos y entre las fuerzas sociales y políticas en el proceso de realización de sus contenidos normativos. Por ese motivo, el principal adversario de la constitución democrática es el gran proceso histórico, evidente a lo largo del siglo XX, de la articulación de la sociedad civil y política en sentido pluralista, que en esta línea se ve como algo que continuamente corroe y pone en discusión la unidad del pueblo soberano representada en la constitución».

Por el contrario, «en la línea de Kelsen la constitución es democrática porque rechaza toda “unidad” preconstituida y porque permite desplegar completamente el mismo pluralismo, con los partidos en el parlamento y con el ejercicio de la justicia constitucional –vista como mecanismo de garantía dirigido contra todo intento de romper el equilibrio entre las fuerzas políticas y sociales, de reducir la ley a la pura voluntad de la mayoría–. Por eso, la constitución democrática de Kelsen rechaza el poder constituyente del pueblo soberano. En la misma

¹¹ FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 159. Ver, en sentido similar, MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 491-503

idea de una constitución hecha por un “poder” está contenido el peligro de que esa constitución pueda tener un “dueño”, alguien que en nombre de ese “poder”, es decir, del mismo pueblo soberano, pueda pretender ocupar todo el espacio de la constitución y así imponerse, esencialmente como mayoría política, a todas las fuerzas operantes en la sociedad y en las instituciones»¹². De ahí el empeño de este autor por extraer de las Constituciones las determinaciones materiales susceptibles de interpretaciones diversas desde distintas concepciones de justicia. De ahí, también, su concepción de la legitimidad democrática del sistema como la necesidad de hacer referencia a la voluntad actual de la mayoría.

Los distintos puntos de partida también conducirán a cada uno de estos autores a conclusiones distintas sobre la instancia adecuada para defender la Constitución. En el caso de Schmitt, el Presidente del Reich es el sujeto competente para proteger la Constitución dado que la defensa de la Constitución es, puntualmente, defensa de la unidad¹³.

La figura del Parlamento como defensor es rechazada porque es precisamente del Parlamento de quien hay que guardar la Constitución. Más aún si se tiene en cuenta que se trata de la instancia política que «se ha convertido en el escenario de un sistema pluralista», con lo que «en lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales libres, en lugar de ser el transformador de los intereses de partido en una voluntad que esté por encima de todos ellos, se convierte en teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas. La consecuencia es que, o resulta incapaz de lograr mayorías y de actuar, por razón de su pluralismo inmanente, o que la mayoría que se constituye en un momento determinado utiliza todas las posibilidades legales como instrumentos y medios de asegurar su poder, y aprovecha en todos los aspectos la época de su dominio político, ante todo para limitar las posibilidades que pudieran ofrecerse de hacer otro tanto al adversario más robusto y peligroso»¹⁴.

Tampoco sirve un órgano judicial para realizar esta tarea. Es posible ordenar el planteamiento sobre la base de dos ideas, a saber: que en un Estado de Derecho corresponde al poder judicial la administración de justicia y que la interpretación de la Constitución es un problema político. Es desde estas premisas desde las que es posible entender las reflexiones sobre el garante más adecuado de la Constitución.

¹² FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 160. En opinión de MORRONE, A., *Op. cit.*, p. 504, «en Kelsen la unidad encuentra su fundamento en la superioridad de la Constitución como norma sobre el procedimiento de normas generales», se trata de una unidad relativa, o formal. La unidad material se renueva constantemente a través del compromiso parlamentario.

¹³ Entendida, como «unidad absoluta», en el sentido de «unidad política del pueblo alemán como totalidad», MORRONE, A., *op. cit.*, p. 505.

¹⁴ SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 128-154, pp. 151 y 152.

En la construcción de su rechazo del poder judicial, a este respecto, se basa en el establecimiento de una tajante diferencia entre política y justicia¹⁵ que debe ser trasladada a la división de Poderes. En su esquema, si el Estado es de Derecho, al poder judicial le corresponde, exclusivamente, la labor de hacer Justicia, «no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial»¹⁶.

Por otra parte, a la exposición de Schmitt en relación con la interpretación de la Constitución, subyace la idea de que se trata de una cuestión que debe ser diferenciada de la de la interpretación de la ley. Las cuestiones constitucionales no suelen plantearse a propósito de contradicciones manifiestas entre Constitución y ley, sino sobre aspectos en relación con los cuáles la existencia o no de contradicción depende del sentido en el que se entiendan los preceptos legales y constitucionales. De este modo, afirma C. Schmitt, «en general, el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los casos de una manifiesta contradicción, casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes, ni se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, sino que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de la misma»¹⁷. Precisamente por ello, las cuestiones constitucionales deben presentarse como discusiones a propósito del sentido en el que hay que entender los preceptos de la Constitución; con lo que únicamente pueden resolverse a través de una decisión política, y ello desde cualquiera de las comprensiones de la Constitución al uso.

Desde una concepción de la Constitución como contrato entre sujetos portadores de intereses, coherente a su vez con una concepción pluralista del Estado, el litigio constitucional sería una situación de desacuerdo a propósito del sentido de los pactos llevados a cabo entre las distintas partes. Tanto desde esta concepción, cuanto desde aquella en que la Constitución se representa como unidad, un órgano de carácter judicial no resulta adecuado para resolver, dado que la interpretación de la Constitución se convierte en una tarea política desde el momento en que escapa de las pautas del método jurídico.

En este momento es donde entra en juego la primera de las ideas apuntadas. Efectivamente, la argumentación de Schmitt es la siguiente:

¹⁵ KELSEN, H., *op. cit.*, p. 18, «dichos argumentos parten del supuesto erróneo de que existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional las funciones “políticas”, y que en especial la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de las leyes inconstitucionales son actos “políticos”, de lo que se sigue que tal actividad no sería ya más Justicia».

¹⁶ SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 77.

¹⁷ SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 87.