

Estudios de Deusto

Vol. 56/2 Julio-Diciembre 2008

Sumario

Estudios

El cosmopolitismo como teoría defensora del gobierno mundial

Naiara Arriola Echaniz

Adopción internacional y competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 de adopción internacional

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González

¿Hacia una civilización universal? Una crítica del «choque de civilizaciones» de Huntington

Manuel Urrutia León

Laicidad y libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: una convivencia necesaria y difícil

Víctor J. Vázquez Alonso

Aportaciones especiales de derecho y equidad en las vicisitudes del concurso

Manuel María Zorrilla Ruiz

Nota

Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español

María Dolores Adam Muñoz

Lectio brevis

El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones

Ricardo de Ángel Yágüez

Universidad de
Deusto

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto
Incluida en el catálogo LATINDEX
Indexada en la base de datos ISOC

Fundada en 1904
Segunda época. Vol. 56/2
Desde su fundación vol. 81
(Fasc. 121)
Julio-Diciembre 2008

Bilbao
Universidad de Deusto
2008

Director:

Ignacio María Beobide

Secretario:

Luis Ignacio Gordillo

Consejo de Redacción:

Ricardo de Ángel Luis Ignacio Gordillo
Iciar Basterretxea Gema Tomás
Ignacio María Beobide Demetrio Velasco
María Pilar Canedo

Consejo Asesor:

Rosario Besné Víctor Fernando Manrique
Javier Caño Ramón Múgica
Jorge Caramés Fernando Renedo
Juan Echano Javier San Juan
Aitziber Emaldi Manuel María Zorrilla
Marta Enciso

Administración:

Publicaciones
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa 41 €
Otros países 50 \$
Número suelto 22 €

IVA incluido

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.
Indexada en la base de datos ISOC.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Publicación impresa en papel ecológico.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
Correo electrónico: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain.

Sumario

Estudios

- Naiara ARRIOLA ECHANIZ, *El cosmopolitismo como teoría defensora del gobierno mundial* 11
- Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Adopción internacional y competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 de adopción internacional* 73
- Manuel URRUTIA LEÓN, *¿Hacia una civilización universal? Una crítica del «choque de civilizaciones» de Huntington* 105
- Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO, *Laicidad y libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: una convivencia necesaria y difícil* 135
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Aportaciones especiales de derecho y equidad en las vicisitudes del concurso* 165

Nota

- María Dolores ADAM MUÑOZ, *Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español* 191

Lectio brevis

- RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones* 219

ESTUDIOS

El cosmopolitismo como teoría defensora del gobierno mundial

Naiara Arriola Echaniz

Investigadora adscrita al Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto

Recibido: 01.10.08

Aceptado: 15.10.08

Resumen: En el presente artículo se analiza la aportación de la Teoría Cosmopolita como propuesta de institucionalización supranacional superadora de las instituciones nacionales estatales. En primer lugar, se exponen las bases sobre las que se fundamenta la construcción cosmopolita –sobre todo, supuesta crisis de la institución del Estado nacional–, así como la historia y los principios generales sobre los que se basa dicha corriente. En segundo lugar, se analizan las propuestas concretas de los autores constitutivos del cosmopolitismo. En este sentido se distinguirán dos corrientes dentro del pensamiento cosmopolita: «desde arriba» y «desde abajo». En tercer lugar, se recoge el análisis crítico que realiza parte de la doctrina científica en torno, no sólo a la construcción cosmopolita propiamente dicha, sino también sobre la supuesta crisis del Estado nacional. En último lugar, se desarrolla un apartado de conclusiones.

Palabras clave: Teoría Cosmopolita, Estado nacional, Globalización, Cosmopolitismo «desde arriba», Estado cosmopolita, Cosmopolitismo «desde abajo», Democracia normativa, Estado como novísimo movimiento social.

Abstract: *This article analyses cosmopolitanism as a theory which proposes a new supranational institutionalization in order to go beyond the National States. The first and the second sections summarise the fundamental framework of this theoretical construction –above all, the supposed crisis of the National State–, the history and the general principles of this scholarship. The third section studies the different schools within the cosmopolitanism: «from above» and «from below». The fourth section summarises the doctrinal criticism regarding not only the cosmopolitanism proposal but also the framework which cosmopolitanism makes its proposal within. The fifth section refers to the conclusions of the article.*

Key words: *Cosmopolitanism, National State, Globalization, Cosmopolitanism «from above», Cosmopolitan State, Cosmopolitanism «from below», Normative Democracy, State as a new social movement.*

Sumario: I. Introducción. 1. Punto de partida de la Teoría Cosmopolita. 2. Objetivos y método del presente artículo.—II. Teoría Cosmopolita. 1. Historia del pensamiento cosmopolita. 2. Corrientes ideológicas dentro del cosmopolitismo. 3. Los principios cosmopolitas.—III. Propuestas de la Teoría cosmopolita. 1. Cosmopolitismo «desde arriba». 1.1. La constitución del Estado cosmopolita. 1.2. Elementos constitutivos del Estado cosmopolita. 1.2.1. Territorio: espacio transnacional. 1.2.2. Pue-

blo: sociedad civil cosmopolita. 1.2.3. Poder nacional: renovación conceptual. 1.3. Regulación jurídica del Estado cosmopolita: democracia cosmopolita y derecho democrático cosmopolita. 1.4. El Estado red. 1.5. Propuestas para desarrollos institucionales concretos. 2. Propuestas de la corriente cosmopolita «desde abajo». 2.1. La globalización «desde abajo» y la democracia normativa. 2.2. Globalización contrahegemónica y legalidad cosmopolita subalterna. 2.2.1. Nuevo desarrollo conceptual: sociología de las ausencias y sociología de las emergencias. 2.2.2. Vías alternativas al Estado nacional para superar las desigualdades globales. A) Políticas de igualdad y políticas de identidad. B) Reinención del Estado nacional. C) La globalización «desde abajo». 2.3. Estado como novísimo movimiento social.—IV. Crítica a la Teoría cosmopolita.—V. Conclusiones. Bibliografía general del artículo. Bibliografía propuesta en la conclusión del artículo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Punto de partida de la Teoría Cosmopolita

El método de desarrollo de las teorías en las disciplinas de las ciencias sociales se basa en un determinado prisma conceptual desde el cual se analiza la realidad. La Teoría Cosmopolita, que será objeto de análisis en el presente artículo, toma como punto de partida la supuesta crisis del Estado nacional y, por ende, la necesidad de redefinición conceptual de sus bases. Conceptos tales como: Edad Moderna, Estado de bienestar, soberanía nacional y autonomía estatal, poder estatal, democracia, política interior y política exterior, hegemonía del Estado nacional en el plano internacional, entre otros, han quedado desfasados por el proceso de globalización y la interconexión¹ a escala mundial según, entre otros autores, aquellos que componen la corriente de pensamiento cosmopolita.

Debido a la multiplicidad de ámbitos/materias globalizados y al surgimiento de nuevos entes —empresas transnacionales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales, organizaciones regionales— el Estado nacional ha visto disminuida su efectividad en la gestión de las competencias que le son propias e, incluso, en determinados ámbitos/materias, ha perdido la capacidad de actuación². Esta circunstancia se ha agravado,

¹ En el mismo sentido que se emplea en el presente artículo el concepto «interconexión», Manuel Castells lo denomina multiculturalismo. Para una breve introducción al multilateralismo al que tiene que hacer frente el Estado nacional en la era actual, véase Castells, 2003: Vol. II, 356 a 361.

² Esta nueva situación del Estado nacional es reconocida y analizada no sólo por la doctrina cosmopolita —Beck, 2002a: 45; Castells, 2003: Vol. II, 364. Held, 1997: 169; Santos, 2005: 203, 247 y 248, entre otras, ya que es una idea que el autor mantiene presente a lo largo de toda la obra— sino también por autores ajenos a ella —Appadurai, 2001: 34 a 38; Guéhenno, 2000: 137; Rodríguez Carrión en Olliet Palá, 2003: 276—.

sobre todo, por la globalización neoliberal imperante y el desarrollo de los medios de comunicación. Ante esta situación, el Estado nacional no parece capaz de mantener las facultades regulatorias en todas las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico nacional y podría estar siendo superado por las circunstancias y situado, incluso, en un último extremo, ante su final; esto es, el periodo actual plantea la posibilidad de superación del Estado nacional como institución de integración social y política imperante³.

La situación actual, brevemente expuesta, podría definirse por dos notas características: transición, por un lado, y complejidad, por otro. La «transicionalidad» del periodo actual se justifica porque el proceso globalizador contemporáneo está minando las bases sobre las que se sustenta el modelo contemporáneo de organización social y política, es decir, el Estado nacional y su orden establecido⁴.

La complejidad de la realidad en la que estamos inmersos se debe a la interconexión, esto es, como consecuencia de la globalización actual se han interconectado a nivel mundial la economía, la política, la cultura, la sociedad e, incluso, los problemas. La consecuencia de esto es la necesidad de que en el desarrollo de la actividad política nacional se tengan en cuenta no sólo factores nacionales. El exponente negativo paradigmático de esta nueva situación son los llamados problemas globales. Así, los problemas que antes eran producidos y solucionados a nivel nacional se han globalizado. Esto tiene como consecuencia la necesidad de un avance y redefinición de los conceptos clásicos de la ciencia política para dar soluciones eficaces a los problemas globales del siglo XXI⁵. Los problemas globales son aquellos que producen sus efectos negativos en varios Estados o, incluso, a lo largo de todo

³ Las mayores disfuncionalidades del Estado nacional surgen con respecto a lo siguiente: 1) Poder económico nacional; 2) Prestación de servicios públicos; 3) Recaudación fiscal; 4) Seguridad nacional; 5) Poder jurisdicción nacional; 6) Gestión de las desigualdades sociales; 7) Control del territorio nacional.

⁴ La creencia de que nos encontramos en un periodo de cambio paradigmático es compartida por varios autores, no todos ellos cosmopolitas. Por ejemplo, véanse Faria, 2001: 38 a 42; Santos, 2005: 297; Touraine, 2005: 16.

⁵ Para el reconocimiento de los problemas políticos como problemas globales, Fulvio Attinà defiende la necesidad de crear una agenda global. Este autor afirma que para que cualquier tema pueda tratarse en la vida política es necesario que sea incluido en la política global por alguno de los sujetos políticos activos en dicha instancia (2001: «Capítulo 4: Globalización y nueva agenda», 157 a 252). El término «agenda global» puede parecer un tanto impreciso. Este concepto se utiliza para aglutinar de forma genérica todos aquellos problemas que han surgido derivados de la globalización y que no se puede resolver de forma autónoma por los distintos Estados nacionales sino que necesitan de la cooperación transnacional. Las consecuencias negativas de la globalización se pueden entender incluidas en la agenda global cuando su problemática se haya visto como un objeto que necesita de la acción política para su gestión y/o solución. David Held, acuña el concepto de problemas «intermésticos» para referirse al incremento de problemas para cuya gestión y solución se necesitan la combinación de política nacional y política internacional (2005: 132).

el globo. Este concepto se refiere, por ejemplo, al problema del calentamiento global, la crisis medioambiental global, las epidemias globales, el crimen global, la inestabilidad financiera global o el terrorismo global (Castells, 2003: Vol. II, 357).

Esta situación exige una reflexión profunda sobre los aspectos fundamentales de nuestras organizaciones sociales y políticas para aportar alternativas institucionales superadoras de ésta. La Teoría Cosmopolita se presenta a sí misma, *grosso modo*, como una propuesta de este tipo, es decir, como una propuesta de organización social y política alternativa a la figura del Estado nacional, que aboga por la institucionalización de la democracia a nivel mundial, consensuada entre actores estatales y no estatales, centrada, sobre todo, en garantizar el respeto los derechos sociales y políticos de todos los ciudadanos del mundo.

2. Objetivos y método del presente artículo

En el presente artículo se intentará presentar y analizar críticamente la construcción cosmopolita como una posible alternativa superadora de la institución del Estado nacional. Este enfoque ha tenido como consecuencia que se preste menor atención a otros aspectos que también han sido estudiados por los autores cosmopolitas, tales como la cuestión de la guerra justa, la implantación a nivel mundial de los derechos humanos o la regulación transnacional sobre medio ambiente. Esta circunstancia se debe únicamente a la necesidad de concreción propia de un artículo de investigación.

Es necesario establecer aquí otra salvedad, se podría decir. En el texto que nos ocupa, se han intentado exponer las distintas propuestas de los autores cosmopolitas desarrollándolas en conjunto, como si de una construcción teórica común se tratase. Con esto, se ha intentado dotar de mayor coherencia a toda la Teoría y aportar un punto de vista común a la crisis del Estado nacional entre todos los autores cosmopolitas aunque, en todo momento, se han intentado señalar las diferencias o los matices encontrados entre los autores analizados.

En el desarrollo del presente artículo, se han manejado también obras de autores «no cosmopolitas». Esto se debe a que dichos autores, aun no defendiendo la propuesta alternativa de la Teoría Cosmopolita, sí coinciden en todas o algunas de las concepciones cosmopolitas sobre los supuestos aspectos en crisis del Estado nacional, así como en la posible necesidad de una reforma en todos o en parte de los conceptos de la ciencia política clásica.

Como esquema general de este artículo se podrían enumerar los siguientes apartados. En primer lugar, se va a desarrollar un breve análisis de esta escuela de pensamiento distinguiendo entre las dos corrientes que la forman, así como aquellos autores próximos a ellas. En segundo lugar, se desarrollará un análisis crítico de ésta y se recogerán algunas aportaciones alternativas que, desde otros sectores de la doctrina científica, se le hacen. Por último, a

modo de conclusión, se presentará el estado actual del debate doctrinal en torno a esta cuestión, así como una exposición breve de las vías de investigación abiertas encontradas alrededor de algunas de las cuestiones analizadas en el presente artículo, sobre todo, el análisis de la situación real del Estado nacional y la necesidad y/o validez de las propuestas alternativas a éste.

II. TEORÍA COSMOPOLITA

El cosmopolitismo debe ser entendido «como el reconocimiento del otro, incluido el otro cultural, como un proyecto democrático que lucha por una ampliación de la democracia en el espacio transnacional, es decir, por una democracia experimental (...), finalmente, como una ordenanza-marco para la economía desterritorializada, un marco que posibilite que sea la política la que vuelva a marcar las pautas de la humanidad, es decir, un trabajar y un vivir humanamente dignos, y un trato a la naturaleza igualmente respetuoso y digno» (Beck, 2002a: 55).

El objetivo final de la propuesta cosmopolita es la repolitización de las nuevas estructuras de poder que, en la actualidad, superan al Estado nacional en algunos de sus ámbitos competenciales. El ordenamiento jurídico nacional debe rebasar el nivel nacional en la regulación de aquellos ámbitos en los que éste sea disfuncional en su control o en su gestión, y apoyarse en nuevas fuentes de legitimidad, bien en organizaciones locales, regionales, internacionales o supranacionales. Así, esta Teoría debe entenderse como una forma o una posible vía para enfrentarse y superar, tanto la anomia de la globalización económica imperante, como los efectos negativos que ésta conlleva, no sólo para las instituciones políticas, nacionales y/o internacionales, sino también para los individuos, el medio ambiente, la sanidad y la cultura, entre otros.

Como ya se ha apuntado en el presente artículo, se tratará el análisis de la Teoría Cosmopolita únicamente en relación con las instituciones políticas, sobre todo, con el Estado nacional. Con lo apuntado hasta ahora, se puede intuir, según la opinión de esta Teoría, que los elementos clásicos constitutivos del Estado nacional (poder, pueblo y territorio) deberán mutar o reformularse para formar parte del Estado cosmopolita (poder transnacional, sociedad global y espacio transnacional).

La Teoría Cosmopolita parte de la base de una superación conceptual metodológica, esto es, dicha corriente doctrinal comparte la opinión de que términos metodológicos entendidos como clásicos, en el sentido de las ciencias sociales, han quedado obsoletos. Principalmente, se refieren a los siguientes:

- a) Nacionalismo metodológico: el Estado nación es el marco de referencia empleado para los análisis que desarrollan las distintas ciencias sociales. Por utilizar una expresión muy gráfica de Richard Falk, esta

corriente metodológica sigue anclada en un mundo de «sombras west-falianas» (2002, 201)⁶.

- b) Realismo político: es una corriente de pensamiento que, por definición, es contraria a la propuesta cosmopolita, ya que aquélla entiende que los Estados nacionales siguen conservando su papel hegemónico en el plano internacional y que el proceso de globalización no ha minado ni la soberanía, ni el poder, ni, por tanto, las competencias que les son reconocidas en sus distintas constituciones.
- c) Teoría del contenedor social: es un concepto sociológico que se refiere a la necesidad de las distintas sociedades nacionales de desarrollar sus actuaciones y demandas en un marco geográficamente delimitado, como es el del Estado nacional al que pertenecen. Las fronteras nacionales, según esta teoría, agrupan a las sociedades y establecen el ámbito en el que hacer valer sus propuestas.
- d) Neoliberalismo: doctrina tanto económica como política que aboga por una mínima intervención del poder político en el plano económico. En la actualidad, es la corriente definitoria de la globalización económica y defiende, en este campo en concreto, la libertad de movimiento de los capitales y de los flujos financieros a nivel mundial sin necesidad de ninguna regulación externa a la que se establezca por el libre juego del mercado mundial.
- e) Primera Modernidad o Edad Moderna: Los Estados nacionales son el prisma desde el cual se desarrollan las investigaciones de las ciencias sociales. Sin embargo, sobre todo para los autores cosmopolitas, en del desarrollo de sus investigaciones sociológicas, la hegemonía metodológica de esta institución se ha visto superada por el desarrollo de la economía mundial, el avance tecnológico y por el proceso de globalización. Por lo tanto, en la actualidad es necesario el desarrollo de una nueva metodología que supere el axioma nacional. De este cambio de paradigma explicativo se deriva que los autores contrarios, sobre todo, a la globalización hegemónica actual distinguen entre primera y segunda modernidad, entendiendo por primera modernidad aquella en que los Estados nacionales mantenían su posición hegemónica como institución política organizadora de la vida social. La segunda modernidad, por el contrario, nos introduce en una era post-nacional donde estos actores estatales han perdido su hegemonía. Debido a esto, ya no es posible utilizar ni la vieja metodología ni el

⁶ Para ampliar la reflexión de la Teoría Cosmopolita sobre el nacionalismo metodológico véase Beck, 2005: «Crítica de la mirada nacional y del nacionalismo metodológico», 38 a 51. En este apartado, Ulrich Beck desgana su posición frente a una metodología ya superada por la realidad, analizando sus principales características y sus malentendidos en relación con conceptos como sociedad universal, pluralidad cultural, relación entre nacional e internacional, entre otros.

viejo marco teórico de análisis⁷. En la actualidad, los Estados nacionales están excesivamente limitados por factores geográficos. Este hecho les impide enfrentarse con eficacia a las amenazas y los riesgos globales. Esta incapacidad se debe, entre otros factores, a que fueron pensadas como instituciones de gobierno excluyente, no incluyentes (Rifkin, 2004: 344). Es necesario, por tanto, un cambio en el marco conceptual explicativo de las ciencias sociales para adecuarse al nuevo contexto postnacional. Sin embargo, Alain Touraine se muestra cauto con la postmodernidad, ya que ésta tiene como consecuencia la desaparición de todo principio histórico central que defina el conjunto social. Esto aporta a la postura intelectual que la adopte posibilidades infinitas de conceptualización y, al mismo tiempo, les expone a graves peligros de desorganización teórica y práctica (2005: 95).

1. Historia del pensamiento cosmopolita

La aparición del término «cosmopolitismo» se sitúa en la escuela griega de los estoicos y llega hasta nuestros días. El análisis del proceso de evolución histórica del concepto «cosmopolitismo» y de las escuelas de pensamiento unidas a él es excesivamente extenso para el presente artículo. Por esta razón, se situará el precedente histórico a la actual Teoría Cosmopolita en la obra de Immanuel Kant. Más concretamente, en su ensayo, *Sobre la paz perpetua*⁸, donde el citado autor construye su argumento a favor de la creación de una federación de Estados nacionales democráticos, representativos de la comunidad internacional, constituida de forma voluntaria por dichos Estados para asegurar, sobre todo, una paz estable y duradera a nivel mundial.

La instauración de dicha federación pacífica entre los Estados nacionales democráticos cumple dos objetivos fundamentales: el primero lo constituye la necesidad de superar el estado de naturaleza de las relaciones interestatales a nivel internacional; el segundo es poner fin a todas las guerras, y no sólo a una guerra concreta, es decir, avanzar más allá del objetivo limitado a

⁷ Para ver más información sobre esta cuestión véase Beck, 2002a: 7 a 64. Sobre un análisis de la modernidad y la posmodernidad, en el campo eminentemente sociológico, véase Bauman, 2001b. El autor desarrolla una reflexión en determinados ámbitos como la cultura, la concepción del individuo, la moral, la religión, para analizar, sobre todo, los aspectos negativos de la nueva era y determinar que los conceptos tradicionales de metodología sociológica deben adecuarse al nuevo panorama mundial de comienzos del siglo XXI. Sobre la necesidad de un cambio conceptual en la sociología también está a favor Nederveen Pieterse en Featherstone, Lash y Robertson, 1995: 63. Para un análisis político sobre esta misma cuestión, véase Bauman, 2001a. Otros autores, ajenos al movimiento cosmopolita, también reconocen que, en la actualidad, caminamos hacia un mundo postnacional; véanse, por ejemplo, Appadurai, 1996: 167; Boys, 2004: 52; Monedero en Santos, 2005: 19 a 37; Rifkin, 2000: 249 a 260.

⁸ Obra escrita por el citado autor en 1795, su título original es *Zum ewigen Frieden*. En el presente artículo se ha manejado una traducción de F. Riera Pastor, de 1979.

una guerra concreta tal y como hacen los distintos tratados de paz alcanzados a lo largo de la historia.

Para alcanzar estos objetivos es necesario que, al menos, una República⁹ decida ser el centro de esta República universal. En el supuesto de que los Estados nacionales no sean capaces de llegar a constituir dicha República universal, se propone la constitución de una Federación de pueblos.

Esta Federación no se orienta hacia la creación de una ciudadanía mundial, pero sí sería conveniente que se dotase de una constitución cosmopolita y se elaborase un derecho de ciudadanía mundial. La mencionada constitución cosmopolita debe entenderse en el sentido de una regulación jurídica de las relaciones públicas, caracterizadas por el pacifismo, mantenidas entre los distintos pueblos que formen parte de la Federación.

En relación con la elaboración de un derecho de ciudadanía mundial, el incremento de la interconexión a nivel mundial exigirá su desarrollo. Según Immanuel Kant, este derecho de ciudadanía mundial «(...) no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes, que de ese modo [es decir, por el aumento de la interconexión interestatal a nivel mundial]¹⁰ se eleva a la categoría de derecho público de la Humanidad y favorece la paz perpetua, siendo la condición necesaria para que pueda abrigarse la esperanza de una continua aproximación al Estado pacífico» (1979: 117).

El objetivo de la paz perpetua a nivel mundial, en la actualidad, se ha visto complementado por otro tipo de necesidades cubiertas por los distintos Estados nacionales –véase por ejemplo, el desarrollo y la implantación del Estado de Bienestar–. Como consecuencia de lo anterior, a nivel mundial ya no sólo debe perseguirse el establecimiento definitivo de la paz mundial, sino que también es necesario que se alcance un desarrollo, económico, social, cultural y político para toda la humanidad.

Otro autor que es importante destacar, en este breve repaso histórico de la Teoría Cosmopolita, es Hans Kelsen. Autor influido por Immanuel Kant en el desarrollo de su concepción sobre el Derecho internacional y también en su propuesta cosmopolita, considera que el Derecho internacional debe entenderse como coactivo y superior a los ordenamientos jurídicos nacionales y que sólo la garantía de esta jerarquía normativa puede mantener la paz entre la comunidad internacional, compuesta por Estados nacionales soberanos (2003)¹¹. El citado autor es cauto con la creación de una comunidad jurí-

⁹ El concepto de República, en este contexto, debe ser entendido como una forma de gobierno en la que prima la separación de poderes. En este término en concreto, la separación debe darse, sobre todo, entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. La República también se caracteriza por desarrollarse bajo la forma de una democracia representativa (Kant, 1979: 104 y 105).

¹⁰ El corchete no aparece en el texto citado pero clarifica la comprensión de la nota.

¹¹ La publicación original de *La paz por medio del derecho* es de 1944, en California. El título de la publicación en inglés es *Peace through Law*. Traducción de Luis Echávarri.

dica, constituida sobre la base del Derecho internacional, con el nombre de *Civitas máxima*, o de *Estado mundial*. Esta nueva creación institucional será sólo posible sobre el supuesto de que tomemos la palabra Estado en un sentido lato. «Ahora bien, queda claramente sentado que desde el punto de vista jurídico, nada obsta para que se puede realizar ulteriormente una tal evolución técnica; no lo impide ni la *esencia* del Estado, ni la de su soberanía, ni la del Derecho internacional, ni la del Derecho pura y simplemente. Cosa distinta es, en cambio, la opinión que se pronuncie sobre este tema desde el punto de vista de la ideología política; a tenor de los diversos idearios, unos reputarán tal evolución como posible, otros como imposible; unos la estimarán saludable, otros, funesta.» (1934: 148)¹².

El citado autor reincide en la posibilidad de una organización jurídica mundial. El mayor problema que se encuentra, en el desarrollo práctico de esta cuestión, es la soberanía nacional de los distintos Estados, pero la decisión última la tienen ellos mismos y, por tanto, no se trata de una respuesta jurídica, sino de una cuestión política (2001: 98 y 100)¹³.

Para el efectivo mantenimiento de la paz a nivel mundial, Hans Kelsen aboga por la creación de un Tribunal internacional aceptado y reconocido por todos los Estados nacionales, encargado de controlar la legalidad de todas las actuaciones estatales (2003).

Los procesos de globalización actuales nos han conectado de tal modo, que los distintos Estados nacionales no pueden cerrarse a ellos y deben combatir conjuntamente y cooperando sus efectos negativos, que perjudican más a unas zonas del mundo que a otras. Este objetivo genérico es seguido por la Teoría Cosmopolita que se expondrá a continuación¹⁴.

2. Corrientes ideológicas dentro del cosmopolitismo

El cosmopolitismo es una teoría moral y política que, basada especialmente en su compromiso con una serie de patrones universales, derechos humanos y valores democráticos, intenta establecer los principios generales y las nuevas instituciones políticas, por medio de las cuales se pueda hacer

¹² La obra original de la *Teoría General del Derecho* fue publicada en 1925. La publicación manejada en el presente artículo es un compendio traducido por Luis Rechaséns Fiches y Justino de Azcárate.

¹³ Para una breve introducción a la relación entre Derecho nacional y Derecho internacional según Hans Kelsen véase Kelsen, 2001: «11. La Relación entre Derecho nacional e internacional», 81 a 100 y «12. Doctrina jurídica y concepción del mundo», 101 a 105. La obra original de *Teoría Pura del Derecho* se escribió en 1935, pero en el presente artículo se ha manejado una traducción de 2001. Se debe aclarar también que la obra analizada para este artículo es una Introducción a dicha *Teoría Pura del Derecho*, desarrollada por Emilio O. Rabasa.

¹⁴ Para ampliar el estudio sobre el origen y la historia del cosmopolitismo véanse Beck, 2002a: 184 a 187; Beck, 2004: 70; Nussbaum, 1999: 17 a 22 y Zolo, 2000: 141 a 147.

frente a la supuesta situación de disfuncionalidad o, incluso, decadencia de los distintos Estados nacionales contemporáneos a nivel mundial. Este nuevo cosmopolitismo contemporáneo debe mostrarse multicultural, articulador de diferencias y reconecedor de las identidades no diferenciadoras horizontalmente (Santos, 2005: 233).

La corriente cosmopolita no es una escuela de pensamiento homogénea sino que, dentro de ella, en su desarrollo actual, los autores que la componen tienen, según la opinión defendida en el presente artículo, algunas diferencias. Éstas se evidencian, sobre todo, en el momento en que los autores de estas corrientes exponen sus propuestas alternativas y superadoras de la crisis del Estado nacional, concretamente, atendiendo a la institución o al elemento político, social o cultural, desde el cual se podría o se debería institucionalizar el ideal cosmopolita, en la actualidad. En este sentido, en el presente artículo, distinguiremos entre cosmopolitismo «desde arriba» y cosmopolitismo «desde abajo»¹⁵. La primera corriente aboga porque los principios cosmopolitas se desarrollen jurídicamente como rectores de la sociedad. Este escenario jurídico novedoso se conseguirá a través de un proceso institucional, promovido por los Estados nacionales democráticos. La finalidad de este desarrollo cosmopolita es controlar y gestionar la situación mundial actual superando, para ello, la forma de organización social y política de los Estados nacionales actuales. La propuesta cosmopolita «desde arriba», por tanto, intenta establecer los principios cosmopolitas en instituciones políticas, sociales y económicas, para que consigan reformular la naturaleza y la forma de gobierno actual tanto a nivel nacional como internacional, desde el prisma de la democracia cosmopolita y del derecho democrático cosmopolita. Como máximos exponentes del cosmopolitismo «desde arriba» destacan Ulrich Beck y David Held. El primero de éstos, Ulrich Beck¹⁶, se encarga de distanciarse de otros autores como Niklas Luhmann e Immanuel Wallerstein, ya que para él siguen sujetos al paradigma nacional cuyo cosmopolitismo quiere superar completamente.

¹⁵ Desde la doctrina internacional se desarrollan otras distinciones para la Teoría Cosmopolita. Así, Danilo Zolo enmarca a Antonio Cassese, David Held y Richard Falk dentro del cosmopolitismo «legal, jurídico o kelsiano» (2000: 140, 151 y 161, respectivamente), entendiendo por tal aquella corriente de pensamiento que ve superada la soberanía nacional de los distintos Estados como consecuencia de los procesos de globalización y aboga, entre otras cosas, por el establecimiento de instituciones de carácter supranacional para hacer frente a todas aquellas situaciones en que los Estados nacionales autónomamente no pueden controlar ni gestionar, así como por la instauración y garantía de los derechos humanos a nivel mundial. En cambio, Fulvio Attinà incluye a David Held y a Richard Falk, junto con Papisca, en la Teoría de la democracia internacional (2001: 78). En este sentido, dentro del marco del Derecho internacional, la corriente cosmopolitista es entendida como una vía de estudio de la democratización no sólo del sistema de Estados nacionales, sino también de todo el sistema global surgido en esta era de la globalización.

¹⁶ Para una introducción al pensamiento más reciente de Ulrich Beck véase Alfier, 2006.

Las propuestas del Ulrich Beck y David Held, además, tienen un alto componente jurídico. Estos autores reconocen que para avanzar en la instauración de su propuesta cosmopolita deben hacerlo por la senda del derecho no sólo a nivel nacional, sino creando un ordenamiento jurídico superior, esto es, supranacional.

Otro autor que también ha sido incluido en el desarrollo de la propuesta cosmopolita «desde arriba» es Manuel Castells. Esta decisión se debe, sobre todo, a que su desarrollo del Estado red conecta con el Estado cosmopolita propuesto por los dos autores anteriores¹⁷.

La segunda corriente de la Teoría, es decir, la corriente cosmopolita «desde abajo», sin embargo, considera que, para que los ideales cosmopolitas tengan un desarrollo institucional óptimo, es necesario que se impulse este proceso por medio de la movilización social. En esta segunda corriente, el desarrollo de las instituciones cosmopolitas vendrá impulsado por la acción social, bien a través de asociaciones civiles, bien por medio de otros organismos que encaucen la acción política social.

El cosmopolitismo «desde abajo» cuenta con dos exponentes destacados: Richard Falk y Boaventura de Sousa Santos. Ambos autores comparten la creencia de que la institucionalización de la propuesta cosmopolita tendrá su origen en la movilización social. El primero de ambos, Richard Falk, afirma que ha sido influido por David Held en el desarrollo de su propuesta (2002: 213).

Juan Carlos Monedero (en Santos, 2005: 42) desarrolla un breve análisis comparativo entre Ulrich Beck y Boaventura de Sousa Santos que podría ser de utilidad para establecer los puntos de conexión, así como los de mayor diferenciación entre ambas corrientes. Así, Ulrich Beck ha planteado la necesidad de una «nueva teoría crítica» que supere los análisis centrados en el Estado nacional, insistiendo en su idea de que estamos en la transición hacia la posmodernidad. Los puntos de encuentro entre ambos autores son la necesidad de pensar desde el concepto de sociedad mundial; la diferenciación entre formas de operar paradigmáticas y subparadigmáticas –según Santos– o categorías *zombies* –según Beck–; la separación analítica entre Estado, mercado y comunidad/sociedad civil; la idea de frontera; la condición auto-crítica del pensamiento; la otredad de los otros. En esta línea de destacar los puntos de encuentro, es necesario concluir diciendo que su propuesta de superación cosmopolita del Estado nacional tiene rasgos de gran construcción teórica que ahoga las diferencias, que se reducen al camino de su institucionalización. Generalizando las aportaciones de Juan Carlos Monedero, se podría decir que ambas corrientes de la Teoría Cosmopolita coinciden en

¹⁷ Esta idea, quizás, parece ahora un tanto incompleta pero será explicada en un momento posterior del artículo. Cuando se analicen tanto el Estado cosmopolita como, sobre todo, el Estado red.

el análisis de la realidad, en los efectos que ésta tiene sobre las instituciones políticas actuales, así como en la necesidad de repensar éstas¹⁸.

Otros autores que habría que destacar en esta construcción teórica cosmopolita son Gerard Delanty, Anthony Giddens, Martha C. Nussbaum y Norbert Bildenly, entre otros, que también serán analizados en el presente análisis de la Teoría Cosmopolita.

3. Los principios cosmopolitas

Serán entendidos por tales aquellos indicios y valores que ayudarán a determinar cómo debe ser entendida la Teoría Cosmopolita en la actualidad y las características genéricas a las que deberán sujetarse las propuestas de los autores que se definan como cosmopolitas¹⁹. Para su concreción seguiremos, sobre todo, la exposición de David Held²⁰.

- a) En un primer grupo, se encuentran los principios que se refieren a los derechos fundamentales que deben ser respetados a nivel mundial y garantizados a todas las personas con independencia de su Estado nacional de residencia o de origen. Este nuevo derecho global superará al derecho internacional, ya que el primero se regirá por el prin-

¹⁸ En el presente artículo, los puntos de conexión entre ambas teorías se podrán apreciar en el apartado «1.2. Elementos constitutivos del Estado cosmopolita». En este apartado no sólo se desarrollará un análisis de los nuevos elementos propuestos, sino también la justificación cosmopolita sobre la necesidad del cambio. Uno de los puntos de mayor afinidad entre ambas corrientes, similar análisis de la realidad y similar propuesta. Su mayor diferencia, como ya se ha apuntado, se encuentra en el modo en lograr la superación de la supuesta situación actual de disfuncionalidad y/o crisis del Estado nacional.

¹⁹ El desarrollo de estos principios está orientado a la consecución de los objetivos cosmopolitas que encajan, sobre todo con la corriente cosmopolita «desde arriba». En el caso de la corriente cosmopolita «desde abajo», estos principios podrán ser tenidos en cuenta en la medida en que no contradigan el propio flujo de cambio orientado desde la movilización social hacia las instituciones. En este segundo caso, quizás, sean más directamente aplicables los principios enunciados por Boaventura de Sousa Santos como propios del cosmopolitismo: a) no basta con elaborar alternativas, se necesita un pensamiento alternativo sobre las alternativas; b) se debe pasar del conocimiento a la acción; c) la reinención de los espacios-tiempo que promuevan la deliberación democrática (2005: 358 a 360). El último de estos principios también es destacado por David Held –véase, por ejemplo, el principio *e* del presente apartado–; este hecho de debe a la importancia que adquiere la participación democrática, como necesidad irrenunciable de cualquier construcción política cosmopolita.

²⁰ En Held, 2005: «Los fundamentos de un nuevo internacionalismo: Los principios cosmopolitas», 213 a 228. En el desarrollo del presente artículo se establecerá una agrupación más global de dichos principios cosmopolitas para que resulten más manejables y más fácilmente analizables. Para una introducción al tema de los principios que rigen genéricamente la Teoría cosmopolita véase también Domingo, Rafael en Caicedo, Domingo y Santiváñez (coordinadores), 2006: «Principios del derecho global», 25 a 28.

- cipio de personalidad y no por el principio de territorialidad que sirve como fundamento del derecho internacional actual.
- b) En segundo lugar, todos los seres humanos deben tener reconocida una capacidad de acción activa o de autodeterminación, es decir, a todo ser humano se le debe reconocer una capacidad de elección. Lo que a su vez incluye la posibilidad y el respeto a actuar de otra manera.
 - c) En tercer lugar, los derechos que deben ser reconocidos a todo ser humano también generan deberes sobre ellos. Por tanto, todo individuo debe hacerse responsable de las consecuencias de sus actos.

Estos tres primeros apartados –a, b y c– sientan la base fundamental sobre la que se desarrolla la moral cosmopolita.

- d) Para el establecimiento y desarrollo de los tres principios anteriores es necesaria la celebración de un proceso de decisión política no coactivo (principio de consentimiento). Éste se expresa por medio de una práctica de voto. Así, quedan superadas las formas más estrictas de decisión política, como puede ser el caso de la unanimidad.

El procedimiento que habría que adoptar para la libre toma de decisión exige que sean tenidos en cuenta tanto el principio de inclusión como el principio de subsidiariedad, para asegurar dicha libertad en las formas de participación. El desarrollo de estos principios está siendo ampliamente debatido en la toma de decisiones transnacionales, téngase por ejemplo en cuenta la problemática existente en torno a la Unión Europea por su falta de legitimidad democrática en la adopción de sus decisiones.

Este cuarto apartado de principios²¹ proporciona la base para el establecimiento, en un momento posterior, de los marcos de acción u ordenamientos reguladores que desarrollen las decisiones colectivamente aceptadas. Con este objetivo último, se trata de forma indirecta de superar el déficit democrático del que son acusadas las distintas organizaciones internacionales.

- e) Ante la toma de cualquier decisión política debe evitarse la producción de cualquier tipo de daño y su reparación en caso de haberse producido. Además, toda decisión política tomada debe respetar el principio de sostenibilidad en todo el mundo.

Este último apartado²² establece el orden de toma de decisión (según su urgencia) y la necesidad de conservar los recursos no sólo a nivel nacional sino a nivel mundial.

²¹ A partir de este momento, nos separamos de la división hecha por el autor, entendiendo que una exposición más resumida es suficiente para la comprensión y el análisis de dichos principios. Este cuarto apartado (apartado *d*) del presente proyecto de investigación agrupa los principios cuarto, quinto y sexto en Held, 2005: 217 y 218.

²² Este apartado quinto (apartado *e*) del presente proyecto de investigación agrupa a los principios séptimo y octavo en Held, 2005: 218 a 220.

Estos principios pueden considerarse como «la base ética rectora para la socialdemocracia global» (2005: 222). Se debe superar la creencia de que tales principios son propiedad de la cultura occidental, ya que con ello se superará también la mirada nacional. Los autores cosmopolitas consideran que tales principios son de aplicación a nivel mundial y que dicha aplicación puede ayudar a un mejor desarrollo y participación de la sociedad civil a nivel mundial. Esta postura no es compartida por sociedades distintas a la occidental, tales como la musulmana, la asiática o la africana, que consideran tales principios como una nueva forma de colonización por parte de los Estados nacionales occidentales²³.

III. PROPUESTAS DE LA TEORÍA COSMOPOLITA

La Teoría Cosmopolita propone una regulación jurídica e institucional que, avanzando más allá de la construcción política del Estado nacional, sea capaz de resolver los problemas actuales que han aparecido como consecuencia del proceso de globalización.

Este grupo de autores trata de dar respuesta a preguntas como éstas: ¿se ha superado definitivamente la figura del Estado nacional en la era global?, ¿cuál debe ser la forma social de integración social y política en la era de la globalización?, ¿son adecuados sus análisis teóricos y sus propuestas jurídico-políticas para la situación mundial actual?, ¿es posible la creación de un Estado cosmopolita?, ¿cómo debe desarrollarse la institucionalización de los principios cosmopolitas?, ¿cuáles deben de ser los nuevos significados de Estado, reparto de poder, soberanía, ciudadanía?

En definitiva, lo que se propone desde la Teoría Cosmopolita es avanzar hacia la globalización, pero hacia «otra» globalización, esto es, una globalización que tenga como resultado una legislación transnacional, superadora de los ordenamientos jurídicos propios de los Estados nacionales, y una economía política solidaria, que tenga como características inherentes principales, su carácter democrático y su preocupación por mitigar y, en última instancia, acabar con los efectos negativos del proceso globalizador imperante en la actualidad. En este sentido, esta corriente no es contraria a la globalización, en sí misma considerada, sino que se opone a la globalización neoliberal hegemónica, es decir, a una globalización exclusivamente financiera que no es capaz de avanzar más allá del máximo beneficio alcanzable, que no se detiene en reducir sus externalidades negativas sobre el medio ambiente que está destruyendo, ni sobre las desigual-

²³ El debate en relación con el carácter occidental o incluso la forma de nuevo imperalismo que adoptan los procesos de globalización actuales será tratado también en el apartado IV, relativo a las críticas sobre la Teoría Cosmopolita.

dades sociales mundiales que está creando. Una globalización hegemónica que, en definitiva, trata de sustituir al ciudadano por un mero consumidor (Rifkin, 2004).

Para los cosmopolitas, es imprescindible que se avance hacia una protección mayor de los derechos fundamentales, hacia un compromiso con el desarrollo y bienestar de la población mundial, así como también que se respeten los recursos naturales y el medio ambiente. Esta corriente no entiende que la situación actual de globalización económica vaya a conducir al fin de la política ni al fin de la historia, sino que aún es posible avanzar hacia una globalización «humanizada». Esta visión cosmopolita de la globalización acepta y apoya la creciente interconexión e interdependencia mundiales, pero lucha en contra de que estas nuevas relaciones sólo sean guiadas por intereses económicos que, en última instancia, minimizan la posibilidad de regulación y de control de los distintos Estados nacionales.

La Teoría Cosmopolita se aparta de la concepción de la globalización como un proceso únicamente económico y destaca como características del proceso globalizador actual las siguientes. En primer lugar, se trata de un proceso multidimensional es decir, en este caso, el proceso de interconexión, de «intensificación de las dependencias recíprocas» (Beck, 1998: 77) que no se reduce al mercado mundial sino que se habla también de globalización ecológica, cultural, social y política²⁴.

En segundo lugar, este proceso globalizador también es definido como un proceso artificial por la mayoría de autores –cosmopolitas y próximos a los movimientos antiglobalización– salvo Richard Falk, que entiende que la dinámica actual se debe a un proceso espontáneo (2002: 51), y Manuel Castells, para quien la globalización es el resultado inevitable de la revolución de las tecnologías de la información (citado en Santos, 2005: 260). John Gray también considera que la globalización es un proceso histórico (2000: 75). Para los defensores de la artificialidad de la globalización, ésta se ha desencadenado como consecuencia del desarrollo de la economía mundial, la tecnología, el incremento de las comunicaciones y, por tanto, no como efecto del proceso natural de evolución de la especie humana. Desde la corriente neoliberal se afirma que la globalización se presenta como un proceso espontáneo, automático, inevitable e irreversible. Este hecho, para Boaventura de Sousa Santos, consiste en una falacia, ya que esta corriente de

²⁴ Dentro de los autores que comparten la multidimensionalidad de la globalización se encuentran Bhagwati, 2005 –aunque en su libro se centre, sobre todo, en la globalización económica reconoce esta característica de la globalización actual–; Casadei, 2005: 27 –autor ajeno a la corriente cosmopolita–; Castells, Giddens y Touraine, 2001: 94, 75 y 99, respectivamente –cosmopolitas–; Boys, 2004: 153; Faria, 2001: 49; Fariñas, 2005: 35; Hsiao en Berger y Huntington, 2002: 65; Monereo en Monereo, Riera y Valenzuela, 2002: 118 –autores ajenos a la corriente cosmopolita–; Santos, 2005: 236 –cosmopolita–.

pensamiento transforma las causas de la globalización en efectos de ésta (2005: 260)²⁵.

En tercer lugar, otra característica muy controvertida de la globalización actual es determinar si es un proceso reversible o irreversible. La opinión más generalizada entre la doctrina cosmopolita es la del carácter irreversible de la globalización, pero sin desistir en la creencia de que sí es posible controlar los efectos negativos provocados por el proceso actual²⁶. Por lo tanto, estos autores consideran que «la globalización está demasiado ampliamente aceptada y arraigada como para que su impacto integrador fundamental sea reversible» (Falk, 2002: 205). Sin embargo, Ralf Dahrendorf considera que el proceso de globalización actual sí puede ser reversible porque no es imposible que las barreras eliminadas después de 1989 pudiesen reaparecer con una nueva modalidad en otros lugares (2005: 35). Al margen de la corriente cosmopolita, Manuel Monereo (en Monereo, Riera y Valenzuela, 2002: 118) también comparte la creencia de que la globalización es, en muchos sentidos, reversible.

Boaventura de Sousa Santos da un paso más que los autores anteriores, ya que para él esa «otra» globalización ya se está construyendo. Así, tanto a través del cosmopolitismo como a través del patrimonio común de la humanidad, se está construyendo una globalización política alternativa a la hegemónica, «desarrollada a partir de la necesidad de crear una obligación política transnacional correspondiente a la que hasta ahora vinculó mutuamente a ciudadanos y Estados-nación. Esta obligación más amplia es por ahora meramente coyuntural, toda vez que todavía queda por concretarse (o imaginarse) una instancia política transnacional correspondiente al Estado-nación» (2005: 280). El desarrollo de ambos conceptos en la práctica ha encontrado grandes resistencias desde las instancias pertenecientes y defensoras de la globalización hegemónica y se mantienen, por ello, en constante interacción y evolución (2005: 280 y 281).

²⁵ La artificialidad del proceso de globalización es defendida por Attinà, 2001: 161; así como por el cosmopolitismo (Beck, 2002: 49) que destaca sobre todo la artificialidad del concepto y afirma que este proceso se retroalimenta de la utilización de dicho concepto con el que se autocalifica, es decir, como lo denominan la globalización económica actual que lo creó; Giddens, 2000: 26; Held, 2005, 105. Estos dos últimos autores hacen referencia al hecho de que la globalización política tiene su origen en la globalización económica y en el surgimiento de problemas a escala global ante los cuales los Estados nacionales se muestran disfuncionales. Desde la corriente de izquierdas, M.^a José Fariñas, autora próxima a los movimientos antiglobalización, afirma que la globalización neoliberal actual es una construcción ficticia, es una ideología en sí misma y no un proceso histórico natural, que oculta los grandes problemas sociales y económicos que ella misma origina (2005: 36).

²⁶ El carácter irreversible del proceso de globalización es respaldado por Beck, 1998: 163; 2002.^a: 61 y 2005; Domingo, Rafael en Caicedo, Domingo, Santiváñez (coordinadores); 2006: 22 y 25; Falk, 2002: 205.

1. Cosmopolitismo «desde arriba»

1.1. *La constitución del Estado cosmopolita*

David Held define al «modelo cosmopolita de democracia» o «modelo cosmopolita de autonomía democrática» como «(...) un sistema de gobierno democrático que se organiza a partir de las diversas condiciones e interconexiones de las diferentes naciones y poblaciones y que se adapta a ellas» (1997: 174). Esta nueva forma de organización social y política debe ser entendida como una respuesta a la globalización basada en el principio de la indiferencia nacional del Estado y como la nueva forma de organización que auspicia la coexistencia de identidades nacionales según el principio de tolerancia constitucional²⁷.

Entrando ahora a desarrollar el concepto de Estado cosmopolita, como paso previo a un análisis posterior, más exhaustivo, comenzaremos con una delimitación conceptual negativa. ¿Qué no debe entenderse por Estado cosmopolita? Primero, un Estado cerrado sobre sí mismo y ajeno a los problemas de la comunidad internacional. La política de un Estado cosmopolita debe ser inclusiva con respecto al otro –ya sea otro Estado, un pueblo, una organización internacional de cualquier tipo o un individuo–. Superando, por tanto, el nacionalismo metodológico, como ya dijimos al comienzo del presente artículo.

Segundo, el Estado cosmopolita no puede seguir los dictados de la globalización económica actual, sino que debe recuperar el concepto de «Estado de Bienestar» e intentar desarrollar una regulación jurídica que controle, en la medida de lo posible, los efectos negativos del mercado global. En este momento, puede que sea necesario destacar que la corriente cosmopolita considera que el Estado de Bienestar está en grave peligro para llevar a cabo las actividades que le son propias. Esta situación tiene lugar, principalmente, por las transformaciones recientes del capitalismo²⁸ mundial que han alte-

²⁷ El principio de indiferencia nacional significa que dentro del Estado cosmopolita los conceptos «Estado» y «nación» estarán separados, es decir, en un Estado cosmopolita tendrán cabida múltiples naciones. Esta situación se garantizará mediante el principio de tolerancia constitucional ya que se garantizará la coexistencia, pacífica y en términos de igualdad, de las diversas identidades nacionales. Definiciones tomadas de Beck, 2004: 141 y 142.

²⁸ A juicio de Boaventura de Sousa Santos, las principales transformaciones que han provocado la crisis del Estado social son: la transformación de la economía por las empresas multinacionales, el aumento del desempleo estructural, el aumento la movilidad y la consecuente deslocalización de los procesos productivos, el aumento de la segmentación de los mercados de trabajo, la saturación del consumo por el consecuente desarrollo de una cultura de masas consumista, la caída vertical de la oferta pública de los bienes colectivos, la destrucción ecológica y el aumento considerable de los riesgos contra los cuales los seguros adecuados son inaccesibles para la mayoría de los trabajadores (2005: 201 y 202). Para M^a José Fariñas (2005: 135) y John Gray (2000: 103) la superación del Estado social se debe a las transformaciones impuestas desde los mecanismos supraestatales de gestión de la globalización neoliberal económica

rado sustancialmente las condiciones normales de producción de la sociedad y que, en última instancia, le han restado importancia al espacio-tiempo nacional; la globalización de la economía imperante y el incremento de poder de las empresas transnacionales; así como, por la adopción de políticas cada vez más liberales por parte de los Estados nacionales, por ejemplo, las privatizaciones masivas y la flexibilización de la normativa laboral, entre otras²⁹.

Tercero, el Estado cosmopolita no debe obviar o, incluso, no debe intentar acabar con los Estados nacionales, ya que la idea de un gobierno mundial unitario es «ilusorio» (Beck, 2004: 145). Por lo tanto, el Estado cosmopolita se presenta como un modelo híbrido en el que se fusionan características fundamentales que parecían excluirse entre ellas en los esquemas jurídico-políticos anteriores.

En este nuevo panorama de organización de la actividad política, los Estados nacionales dejarán de ser los únicos centros de poder legítimos dentro de sus propias fronteras. A éstos, se sumarán los centros de decisión local, regional, transnacional e internacional. Los Estados nacionales serán «reubicados» (Held, 1997: 278) y estarán sujetos en sus actuaciones a un derecho cosmopolita de carácter democrático, es decir, el poder del Estado nacional sufrirá un proceso de transnacionalización y se multiplicarán los centros de poder para la toma de decisiones.

El desarrollo de esta construcción teórica tendrá como consecuencia un cambio en la concepción de la soberanía nacional y, por tanto, se deberá desarrollar una soberanía cosmopolita. Esta nueva concepción de la soberanía política tendrá como efecto que los Estados nacionales cederán parte de su soberanía a los centros de decisión política, y así, ésta superará su carácter territorial e indivisible. En este momento, la propuesta cosmopolita puede resultar contradictoria debido a la afirmación de que, por un lado, los Estados nacionales deberán ceder parte de su soberanía aunque, por otro lado, se señala que una de las causas de su debilidad actual es su pérdida de soberanía. Esta contradicción queda salvada porque, para la Teoría Cosmopolita, la cesión voluntaria de soberanía por parte de los Estados nacionales al Estado cosmopolita no significa una pérdida aún mayor de su poder político, sino que reforzará su posición ante los problemas globales y mejorará su relación con los ciudadanos ya que, de este modo, por medio de dicha cesión voluntaria, los Estados nacionales agrupados serán capaces de responder a sus necesidades sociales actuales y de solucionar de forma más eficaz los pro-

²⁹ Para una introducción al origen, el desarrollo y la crisis del Estado social en la línea expuesta en el presente artículo, véanse Gallego Méndez en Del Águila, 2003: 107 a 138; Olivas, 2004: 93 a 112. Sobre el aspecto concreto de la crisis actual del Estado del bienestar, véase Bauman, 2001b: «3. Los extraños de la era del consumidor: del Estado del bienestar a la prisión», 49 a 61.

blemas globales³⁰. Esta reflexión, necesaria para los Estados nacionales, debe entenderse como un proceso de autorrenovación de éstos que les permitirá controlar y gestionar de forma eficaz la realidad globalizada. Por tanto, el Estado cosmopolita no debe entenderse como un Estado nacional ampliado, sino que, por medio de una soberanía compartida entre los distintos Estados nacionales y la cooperación transnacional surgida entre ellos, por medio de la integración en el seno del Estado cosmopolita, se protegerán los derechos civiles y la democracia a escala mundial. Por tanto, es inherente al Estado cosmopolita su carácter democrático.

David Held (1997: 271 y siguientes), en este sentido, propone un derecho democrático cosmopolita y una comunidad democrática cosmopolita para el pleno desarrollo del Estado cosmopolita. En primer lugar, este derecho cosmopolita, diferente tanto del derecho nacional como del derecho internacional, debe asegurar un derecho público democrático a toda la humanidad y ser reconocido por los Estados nacionales democráticos. Su principal objetivo debe ser garantizar por medio de todo tipo de normas jurídicas las libertades civiles y la multiplicidad cultural en todos los niveles –local, regional, nacional y global–. Este derecho será también la principal fuente de la soberanía compartida, es decir, de la soberanía cosmopolita. Esta necesaria cosmopolitización del derecho plantea grandes retos debido a la situación internacional actual.

En segundo lugar, la comunidad democrática cosmopolita debe agrupar en su seno a una comunidad internacional de Estados nacionales y sociedades democráticas que respalden este derecho democrático cosmopolita tanto dentro como fuera de sus territorios nacionales.

En esta aproximación al Estado cosmopolita se observa la necesidad de una renovación conceptual, como mínimo, de los elementos constitutivos clásicos del Estado nacional para que éstos puedan tener su reflejo en el supuesto de que se institucionalice un Estado cosmopolita democrático mundial.

1.2. *Elementos constitutivos del Estado cosmopolita*

1.2.1. TERRITORIO: ESPACIO TRANSNACIONAL

En este contexto se abre un nuevo espacio transnacional donde debe entrar el derecho cosmopolita a regularlo. En este nuevo escenario, los actores estatales pierden su papel hegemónico en el plano internacional y de-

³⁰ «Los Estados nacionales encarnan el Estado de congelación de lo político, un Estado del que se puede salir mediante estrategias reflexivas de autovivificación y redeterminación de lo político» (Beck, 2004: 233). Para superar la situación actual en la que se encuentran los Estados nacionales, Beck (2004: 234 a 311) propone una serie de estrategias políticas de reflexión para los Estados nacionales como pasos necesarios para hacer frente a los procesos más negativos de la globalización.

berán también aceptar a los actores no estatales en este ámbito de actividad. En el actual espacio transnacional irregulado, se presenta al Estado cosmopolita, por un lado, como la única respuesta posible a la globalización descontrolada y, por otro lado, como la única entidad política capaz de solucionar la situación de disfuncionalidad de los Estados nacionales.

El espacio transnacional, que se acaba de mencionar, se encuentra en el ámbito existente entre las regulaciones de los Estados nacionales –relaciones entre los ciudadanos y un Estado nacional determinado– y el derecho internacional –relaciones entre los distintos Estados nacionales– (Held, 2005: 214). Este espacio está siendo ocupado por multitud de normas jurídicas, elaboradas por organismos tales como las redes transnacionales, por las nuevas organizaciones supranacionales y por las empresas transnacionales, es decir, sobre todo por intereses privados con escasa o nula legitimidad democrática³¹.

La conveniencia de expandir la actividad política al espacio transnacional por medio del Estado cosmopolita ha sido presentada, sobre todo, como respuesta a la disfuncionalidad de los Estados nacionales en su respectiva competencia de control territorial nacional. La Teoría Cosmopolita afirma que las fronteras nacionales son cada vez más permeables para agentes externos, principalmente, por el desarrollo de la globalización económica, cuyos principales actores son las empresas transnacionales, y el establecimiento de unos medios de comunicación que actúan globalmente. En torno a la debilidad del aspecto «territorial» de los Estados nacionales, Ulrich Beck afirma que, debido a la superación de las fronteras nacionales, nos encontramos en un nuevo sistema transnacional. El anterior sistema internacional se caracterizaba, entre otros aspectos, porque las fronteras de los Estados nacionales mantenían su carácter constitutivo, pero en la actualidad esta característica ha sido superada (2004: 205). El debilitamiento de las fronteras para la circulación de capitales a nivel global no tiene un desarrollo paralelo en la libertad de circulación de los seres humanos, sus derechos y sus culturas. Éstos están sometidos de forma desigual como lo demuestra la inmutable vinculación existente entre la ciudadanía y la nacionalidad, que impide el acceso a los derechos a aquellos que carecen de estatus jurídico de nacionales de un Estado. «El concepto de globalización, y su consecuencia inmediata, la *des-territorialización*, deberían ser considerados, entonces, como una parte de la teoría del imperialismo o, simplemente, como unos *eufemismos*, tras los cua-

³¹ Para un análisis sobre el desarrollo transnacional del derecho en campos de actividad determinados como el comercio internacional, la banca internacional, etc. véanse Caicedo, Aparicio; Domingo, Rafael y Santiváñez, Martín (coordinadores), 2006; Wiener, 1999. Aunque ambos autores no se encuentran dentro de la corriente de pensamiento cosmopolita, es necesario advertir que este hecho se debe a que el debate en torno al desarrollo de un derecho transnacional se produce en la mayor parte de la doctrina científica jurídica y no sólo en el seno de esta Teoría.

les se esconden conocidas y viejas prácticas imperiales de dominación» (Fariñas, 2005: 143)³².

1.2.2. PUEBLO: SOCIEDAD CIVIL COSMOPOLITA

La comunidad de ciudadanos nacionales o la sociedad nacional, para parte de la doctrina internacional entre la que se encuentran los autores de la corriente cosmopolita, está inmersa en un proceso de redefinición.

Según Anthony Giddens, hay que huir del concepto tradicional de sociedad para poder distinguirla de los Estados nacionales y de la identidad (en Castells, Giddens y Touraine, 2001: 48). Cuando se habla de crisis de la sociedad, se hace en el siguiente sentido. La sociedad que ahora se disuelve, la sociedad que está desapareciendo, es la que fue definida y construida por el Estado-nación. En el mundo actual, en el que los flujos migratorios son tan elevados, el concepto de ciudadanía está cambiando y el concepto de «ciudadanía nacional» resulta obsoleta para garantizar unos derechos mínimos universales a esta nueva «ciudadanía de la movilidad» (Rifkin, 2004: 351).

Para explicar la nueva estructura social, Manuel Castells (en Castells, Giddens y Touraine, 2001: 53) propone el concepto de «sociedad red». Este concepto intenta superar la terminología de sociedad de la información o sociedad postindustrial. «La sociedad red es una estructura social formada por redes de información alimentadas por las tecnologías de la información características del paradigma internacional» (en Castells, Giddens y Touraine, 2001: 131). Las redes están formadas por nodos que siguen una lógica binaria de inclusión-exclusión. Todo lo que está en la red es necesario para que la sociedad exista, pero todo lo que no está en la red no existe para la sociedad. La economía global, las sociedades, las expresiones culturales, todo se está transformando con la lógica de la interconexión³³. Sin embargo, José Eduardo Faria augura una «sociedad de organizaciones» en la que los individuos se agruparán atendiendo, básicamente, a las organizaciones de las que formen parte. Por tanto, para José Eduardo Faria, atendiendo a la evolución y a los cambios sufridos por los individuos, podría llegar un momento en el que pasaríamos a formar parte de una «sociedad de individuos», a constituir una «sociedad de organizaciones», es decir, que los individuos tomarían como referencia para desarrollar una vida social las organizaciones a las

³² El debilitamiento de las fronteras nacionales no es una opinión mantenida únicamente desde la corriente cosmopolita –Held, 2005: 123; Santos, 2005: 347–, sino que también es afirmado por Del Águila Taserina en Oliet Palá, 2003: 202; Faria, 2001: 14, 44; Hunter y Yates en Berger y Huntington, 2002: 388; Huntington, 1997: 37; Olivas, 2004: 50; Touraine, 2005: 257; Rifkin, 2000: 296 y 2004: 280.

³³ Para más información sobre la sociedad red véanse Castells, 2003: Vol. I; Castells en Castells, Giddens y Touraine, 2001: «Algunos elementos de teoría social general», 131 a 167.

que pertenecen. Los individuos –integrantes de distintas organizaciones, los hombres organizacionales– actuarían según los dictados de tales organizaciones que, en última instancia, propondrían sus metas y objetivos según los dictados de la economía globalizada. Esta situación tiene como principal consecuencia una fragmentación de la ciudadanía y la mayor dificultad del Estado nacional para hacer prevalecer el interés público sobre los distintos intereses específicos (2001: 138 a 149). Es de una opinión similar Fernando Vallespín, ya que afirma que la sociedad nacional está sufriendo un proceso de fragmentación, es decir, según sus diversos intereses individuales, los ciudadanos están abandonando las identidades nacionales, individuales y cívicas y se está desarrollando un proceso de «corporativización social» (en Oliet Palá, 2003: 156).

Richard Falk distingue entre sociedad civil global y sociedad civil transnacional. De hecho, este autor se inclina por la primera, ya que el término transnacional sigue sujeto o sugiere de una forma más directa a la lógica del modelo nacional de organización política y no supera la división fronteriza existente que debe dejar paso al desarrollo de una sociedad global para una aldea global (2002: 200). Siguiendo en esta línea superadora de las divisiones nacionales excluyentes, David Held (2005: 152 a 154) aporta un término novedoso y habla de «ciudadanía multinivel». Con este concepto quiere hacer referencia a la necesidad existente en la actualidad de identidades nacionales incluyentes. El desarrollo de la actividad política en la era de la globalización conlleva la participación de los ciudadanos en distintos entes políticos de distintos niveles. Compartiendo las tesis de David Held (1997 y 2005) y Richard Falk (2002), Gerard Delanty (2000) relaciona la crisis de los Estados nacionales, así como la evolución del concepto de ciudadanía, desde un punto de vista cosmopolita. Éste desarrolla un análisis del concepto de ciudadanía³⁴ y llega a la conclusión de que en la situación actual no puede hablarse de uniformidad respecto al término ciudadanía, sino que deben respetarse las diferencias y para ello propone una participación multinivel. La política se desterritorializa y deben seguir garantizándose los mismos derechos para todos los individuos. Con este nuevo panorama político encajan tanto el concepto de ciudadanía multinivel como la idea de una sociedad global. Siguiendo la terminología de Guy Boys (2004: 28), debido al proceso de mundialización, estamos asistiendo al nacimiento de una sociedad postmoderna con estructuras novedosas en relación con las anteriores sociedades nacionales³⁵.

³⁴ El análisis de la ciudadanía desarrollado por Gerard Delanty (2000) no sólo se centra en la ciudadanía cosmopolita, sino que estudia la evolución del concepto de ciudadanía a lo largo de la historia.

³⁵ Aunque todas estas aportaciones son construcciones diferentes para definir la sociedad, todos los autores comentados dan por superada la capacidad del Estado nacional para agrupar bajo su amparo a la sociedad nacional sin necesidad de que ésta busque otro tipo de institución organizadora.

Las sociedades nacionales, cada vez más interconectadas con el exterior, superan el contenedor nacional dando paso al surgimiento de una sociedad civil transnacional³⁶, esto es, el proceso de globalización está dando como resultado el nacimiento de una nueva sociedad mundial³⁷. Junto a la sociedad nacional, aparece una sociedad mundial que se compone de actores transnacionales de muy diversa índole. La principal consecuencia de esta situación es que «en el campo de acción de la sociedad mundial estamos asistiendo a una *politización mediante la despolitización de los Estados*» (Beck, 1998: 147). «El concepto de “sociedad nacional” cada vez se topa más con la evidencia de una básica disminución de etiquetas: lo que aparece y se marca como nacional es en realidad más o menos transnacional o cosmopolita» (Beck, 2002a: 181). La agrupación de los miembros de las sociedades nacionales en otros movimientos independientes de los Estados nacionales hace que éstos se debiliten³⁸.

Dentro de la emergente sociedad civil transnacional y con un carácter marcadamente sectorial, influida por la expansión de la economía a nivel global, está emergiendo una clase capitalista transnacional que impone sus derechos y sus mecanismos hegemónicos de actuación. M.^a José Fariñas la define como una nueva forma de dominación social. Boaventura de Sousa Santos afirma que esta nueva clase social se institucionaliza por medio de las empresas transnacionales³⁹.

La Teoría Cosmopolita «desde arriba», de este modo, basa su propuesta en una sociedad civil activa y liberada de las fronteras territoriales. Debe surgir una sociedad civil global que otorgue legitimidad al Estado cosmopolita⁴⁰.

³⁶ Para una introducción sobre esta cuestión véase Garrigues Walker, Antonio en Caicedo, Domingo y Santiviáñez (coordinadores), 2006: «La hora de la sociedad civil », 17 a 20.

³⁷ Esta opinión es mantenida por Beck, 1998 y 2002b; Held, 2005: 152 a 154; Falk, 2002: 241. La aparición de una sociedad civil global es entendida todavía más como un desafío o un objetivo a lograr que como una realidad. En relación con Ulrich Beck, este autor desarrolla un análisis sobre la sociedad civil global actual y su relación con el riesgo tanto presente como futuro como consecuencia de un desarrollo tanto económico como tecnológico descontrolado. Para conceptualizar esta situación el autor emplea el término de «sociedad de riesgo» (2002b).

³⁸ Esta afirmación encaja con la idea de que la sociedad nacional se está viendo superada por la redistribución de los individuos que la forman en un nuevo conglomerado de actores. Estos últimos han surgido gracias a la globalización, al desarrollo de los medios de comunicación y a la creciente interconexión mundial, y entre ellos podemos encontrar a las asociaciones civiles transnacionales, también las organizaciones no gubernamentales internacionales, así como la sociedad red de Manuel Castells y la identidad organizacional o sociedad de organizaciones propuesta por José Eduardo Faria.

³⁹ Esto es reconocido por Fariñas, 2005: «11. La nueva «clase capitalista global: los globalistas», 125 a 128; Santos, 2005: 241 y 242.

⁴⁰ El debate y la importancia de la sociedad civil global también es aplicable y de gran importancia para el desarrollo de la propuesta del cosmopolitismo «desde abajo». Por tanto, en el apartado siguiente del presente artículo téngase en cuenta lo dicho aquí respecto a ésta.

1.2.3. PODER NACIONAL: RENOVACIÓN CONCEPTUAL

La propuesta de la corriente cosmopolita «desde arriba» desarrolla una renovación conceptual de los conceptos de poder y de soberanía⁴¹. Por poder entenderemos aquella potestad propia de los Estados nacionales que es inherente a la propia institución y que les permite influir en la conducta de sus ciudadanos, incluso, por medio del uso de la fuerza.

La conveniencia de la renovación conceptual de poder surge de la siguiente reflexión. Como ya se ha apuntado, según la Teoría Cosmopolita, el poder del Estado nacional delimitado territorialmente se encuentra en crisis. Esta circunstancia se está produciendo como consecuencia del proceso de globalización y sus efectos en las instituciones políticas nacionales, así como por la proliferación de instituciones internacionales, transnacionales y/o locales que adoptan decisiones al margen de la política nacional y de la política internacional⁴².

El poder, en el sentido clásico del término, está sufriendo un proceso de reubicación, más allá de las instituciones nacionales y de la demarcación territorial del Estado nacional. Esto es, el poder del Estado nacional se des-territorializa y se encuentra inserto en «flujos» que circulan más allá del control institucional nacional. Esta nueva ubicación del poder de los Estados nacionales ha permitido, incluso, que parte de dicho poder se encuentre ahora también en redes transnacionales, en organizaciones no gubernamentales o en movimientos sociales. Esta nueva ubicación del poder en «flujos» es utilizada por Manuel Castells y se refiere a la situación que venimos comentando. El Estado nacional ha perdido el control sobre el poder. Éste ya no se limita a la demarcación territorial propia de cada Estado, sino que se distribuye en nuevas instituciones y sus consecuencias se expanden a nivel global (en Castells, Giddens y Touraine, 2001: 93)⁴³. Esta misma situación

⁴¹ Esta serie de conceptos que aquí analizaremos de forma «cosmopolita» están siendo debatidos por la doctrina científica. Este debate se debe a que las distintas corrientes de pensamiento que estudian la globalización y sus efectos, la crisis democrática, el papel de los Estados nacionales en la comunidad internacional y ante los nuevos agentes no estatales, entre otros muchos temas de actualidad, aportan un significado distinto o, al menos, matizado sobre estos conceptos. Por su excesiva extensión, en el presente artículo nos centramos en la visión cosmopolita de tales conceptos, pero es necesario advertir sobre la dialéctica doctrinal existente a su alrededor, no sólo dentro del ámbito de la corriente cosmopolita.

⁴² Esta nueva situación es reconocida y analizada por Appadurai, 2001: 175; Beck, 1998: 153 y 2004; Faria, 2001: 92 y 93; Held, 2005, 123; Oliet Palá, 2003: 9; Olivas, 2003: 50. La desterritorialización del poder debido a causas económicas es apuntada por Fariñas, 2005: 139 y 141. Para esta autora, el poder ya no se identifica espacialmente, sino por una acumulación de capitales sin límites espaciales que tiene como consecuencia una multiplicación de los centros de poder.

⁴³ Para más información sobre esta idea véase Castells, 2003: Vol. I, «6. El espacio de los flujos», 453 a 506.

es denominada por David Held con el concepto de «redes» de empresas, ciudadanos, sindicatos, ONG, que ahora comparten con los Estados nacionales parte del poder de estos últimos (2005: 108). En determinados casos, son los propios Estados nacionales los que han delegado poder en estos entes políticos locales, regionales o supranacionales (Huntington, 1997: 37). Véase, como ejemplo paradigmático, la Unión Europea.

Ante esta nueva ubicación del poder, surgen varios problemas importantes. Por un lado, la disolución de la unidad del poder político tiene como principal consecuencia la disfuncionalidad ante nuevos problemas sociales. Por otro lado, la imposibilidad de control de éste tal y como se desarrollaba en el seno de los distintos Estados nacionales. Esta nueva situación de imposibilidad de control del poder nacional conduce, a los autores cosmopolitas, a la convicción de que también las democracias nacionales actuales están en crisis.

En la era global, la toma de decisiones no sólo se está alejando del ámbito de decisión de los Estados nacionales y se está trasladando a entidades supranacionales o internacionales, a organizaciones no gubernamentales y a empresas transnacionales, sino que también se están desarrollando procesos locales de toma de decisión política con lo que la mediación entre Estado nacional y ciudadanos, mediante la participación política, se está diluyendo en un proceso de toma de decisión «ademocrático» fomentado por el desarrollo de los medios de comunicación electrónicos y su uso electoralista por parte de los grupos políticos⁴⁴. Sin embargo, dentro de la corriente cosmopolita, Boaventura de Sousa Santos (en Santos y Garavito, 2007: 280) es contrario a afirmar que la democracia se encuentre en una situación de crisis. Argumenta dicha afirmación en la condicionalidad política de la democracia para recibir financiación de las instituciones financieras internacionales. Asume los cambios que ha sufrido la democracia; dichos cambios han sido considerados en líneas precedentes como justificativos de la crisis, pero para este autor sólo suponen la adecuación de la democracia al nuevo contexto impuesto por la globalización hegemónica. Ante dicha situación, se ha registrado una oposición, sobre todo, desde las prácticas políticas de base popular en el Sur del globo. M.^a José Fariñas (2005), por el contrario, sí afir-

⁴⁴ Con la utilización del concepto «ademocrático» intento hacer un paralelismo con el concepto jurídico de alegalidad. Es decir, en la crisis de la democracia representativa, por el desarrollo de los medios de comunicación, se presentan situaciones provocadas, incluso, por los grupos en el poder que se desarrollan sin una regulación específica debido a que los avances tecnológicos van a mayor velocidad que los desarrollos legislativos del Estado nacional. En estos casos, los grupos políticos deberían sopesar con mayor profundidad las posibles consecuencias de su actividad política. Esta reflexión es compartida por Faria, 2001: 26 y 27. El problema sobre el control democrático del desarrollo institucional global también es analizado por Boys, 2004: «C) El aspecto político: la des-sustancialización de democracia», 44 a 49; Dahrendorf, 2002: 7 a 15.

ma que la democracia se ha debilitado en la medida en que se ha supeditado a las exigencias del mercado de capitales global. Las características del neoliberalismo económico actual impiden el desarrollo de cualquier tipo de democracia de carácter social, cultural y económico que priorice las características participativas, deliberativas y emancipadoras de la ciudadanía⁴⁵.

Un concepto relacionado con el poder es, también, el concepto de soberanía. Este término debe hacer frente a dos realidades. Por un lado, el concepto tradicional de soberanía, según la Teoría Cosmopolita, se encuentra en un proceso de redefinición. Por otro lado, dicha Teoría ha desarrollado conceptos novedosos de soberanía para amoldar la nueva situación postnacional⁴⁶.

Atendiendo a la supuesta crisis del concepto de soberanía, es necesario destacar que la concepción de soberanía como un poder público ilimitado e indivisible resulta obsoleta y los Estados nacionales, debido al cúmulo de causas mencionadas con anterioridad, se encuentran, si no formalmente, sí materialmente, limitados en su autoridad decisoria⁴⁷. La puesta en cuestión de la soberanía del Estado nacional se lleva a cabo por distintos actores: 1) por las empresas multinacionales debido al poder económico adquirido por la economía globalizada; 2) por las organizaciones no gubernamentales, dotadas de una gran capacidad de movilización social ante problemas nacionales que ellas consideran de tal entidad como para que se les preste una atención mundial; 3) por el creciente poder de movilización e influencia de los individuos gracias al desarrollo de los medios de comunicación (Hunter y Yates en Berger y Huntington, 2002: 388). En cuanto a las nuevas conceptualizaciones del término «soberanía», la Teoría Cosmopolita maneja, sobre todo, los siguientes: soberanía incluyente, soberanía excluyente, soberanía nacional, soberanía transnacional; necesitan ser analizados como paso previo a tratar la distribución del poder en los Estados cosmopolitas. En primer lugar, la soberanía nacional «se refiere al derecho del Estado de gobernar sobre su territorio delimitado» (Held, 1997: 130), al igual que la soberanía excluyente.

Por el contrario, la soberanía incluyente «significa que la renuncia a derechos de soberanía va de consuno con la adquisición de poder político

⁴⁵ Para más información sobre la posición de esta autora véase Fariñas, 2005: «3. La democracia formal y liberal»: 77 a 83.

⁴⁶ La necesidad de reformular el concepto de soberanía nacional y avanzar hacia una soberanía cosmopolita ha sido comentado brevemente en el apartado «1.1. La constitución del Estado cosmopolita», pero parece oportuno retomar aquí esta cuestión y profundizar en ella un poco más.

⁴⁷ Esta opinión es mantenida por Held, 1997: 169; Faria, 2001: 22; Fariñas, 2005: 140. Para algunos autores, no cosmopolitas, la pérdida de soberanía del Estado nacional es de tal entidad, que llegan a afirmar que dicha institución, en la actualidad, es solamente una de las varias instituciones organizadoras de la sociedad: Guéhenno, 2000: 42; Faria, 2001: 129.

configurador, en virtud de la cooperación transnacional. Pero esto sólo puede conseguirse si se concibe y configura la globalización como proyecto político» (Beck, 1998: 187 y 188). Este significado coincide también con el concepto de soberanía transnacional.

Por último, David Held añade otro concepto más que nos ayudará también a clarificar el concepto de soberanía, la autonomía. Este último término «denota el poder real con el que cuenta un Estado-nación para articular y llevar a cabo sus metas políticas de forma independiente» (1997: 130), es decir, el poder efectivo de un Estado nacional para desarrollar sus competencias de forma independiente y sin necesidad de colaboración para obtener una gestión eficaz. Con esta distinción entre autonomía y soberanía se quiere distinguir terminológicamente dos situaciones que se producen de facto, aunque la última de ambas no tiene reflejo en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por un lado, están aquellas materias cuya competencia el Estado nacional ha cedido a entes supranacionales, para que sean gestionadas y reguladas desde aquéllas. Esta cesión voluntaria de soberanía es regulada dentro del marco del ordenamiento jurídico nacional, así como en el marco jurídico de dicha organización supranacional. Por otro lado, en cambio, hay otras materias sobre las cuales el Estado nacional continúa teniendo su competencia pero, de facto, ésta se encuentra en diversas instituciones políticas y/o económicas transnacionales⁴⁸. La soberanía se erosiona cuando es desplazada por formas de autoridad más elevadas y/o independientes de los Estados nacionales, que recortan la base de legitimidad en la elaboración de decisiones en el marco nacional. Esta reducción de la soberanía del Estado nacional puede que, por otro lado, tenga consecuencias en las democracias modernas, y es necesario precisar si se ha producido por la creación y el desarrollo de redes de relaciones regionales y globales (Held, 1997: 130). Por ejemplo, las instituciones internacionales por medio de actos jurídicos, en algunos casos, restringen cada vez más la capacidad de actuación de los Estados nacionales en su propio territorio. También queda restringida la idea absoluta de soberanía territorial de los Estados nacionales por la necesidad de aceptar unos principios legítimos y universales⁴⁹.

La pérdida de soberanía se ha producido de manera desigual. Así, los Estados más débiles encuentran amenazada su soberanía no sólo por los

⁴⁸ En este segundo caso, algunos autores consideran que el Estado nacional ha perdido, como mínimo, su autonomía. Tal es el caso de Held, 1997; Olivas, 2003: 45. Otros autores, no siguen esta distinción terminológica, pero sí reconocen que hay ámbitos en los que los Estados nacionales se muestran «*materialmente* limitados en su autoridad decisoria» (Faria, 2001: 22).

⁴⁹ El primer ejemplo es utilizado por Huntington, 1997: 37; Rodríguez Carrión en Oliet Palá, 2003: 279. El segundo ejemplo es empleado por Singer, 2003: 17. En ambos casos se quiere mostrar la pérdida de soberanía de los Estados nacionales por el desarrollo de un derecho internacional, de facto, vinculante.

Estados más poderosos, sino también por las agencias financieras internacionales y los actores transnacionales privados (Santos, 2005: 248).

Después de lo analizado hasta el momento, debemos responder a una cuestión capital: ¿todos los problemas del Estado nacional actual se solucionan con el Estado cosmopolita? En principio, no⁵⁰. El Estado cosmopolita debe tener un carácter subsidiario y regular sólo aquellas materias que escapen al control de los Estados nacionales y que necesiten de la cooperación transnacional para su gestión y solución. Esta reflexión reincide en la idea de que los Estados nacionales no serán superados por el Estado cosmopolita, sino que éste surgirá de una agrupación voluntaria de los Estados nacionales democráticos y no tratará de anular la actividad política de éstos. La soberanía será compartida por las múltiples instituciones existentes y éstas desarrollarán su actividad política según las competencias transferidas por aquélla. Para que esta situación tenga éxito en su desarrollo deberá contar con la elaboración de un derecho democrático cosmopolita que la regule⁵¹.

Para adecuarse a la realidad planteada, la soberanía debe desprenderse de su característica de indivisibilidad. Esta nueva formulación del concepto de soberanía tendrá como efecto primero que el Estado cosmopolita poseerá una soberanía compartida e inclusiva entre los distintos Estados nacionales. Esta nueva soberanía cosmopolita, según Ulrich Beck, «convergente y compartida no reduce la soberanía de los Estados particulares; al contrario, la potencia» (2004: 140).

1.3. *Regulación jurídica del Estado cosmopolita: democracia cosmopolita y derecho democrático cosmopolita*

Hablando en términos generales, la democracia cosmopolita es el modo de organización política de la postmodernidad que ayudará a los Estados nacionales a reubicarse ante esta nueva situación y a superar la crisis actual de la democracia. Esta democracia será desarrollada en el marco del Estado democrático cosmopolita. Como complementario del concepto anterior, el derecho cosmopolita es un derecho público de carácter democrático, que se encuentra en la zona de anomia existente entre los distintos derechos nacionales y el derecho internacional. El derecho democrático cosmopolita surge en el espacio transnacional y trasciende los intereses nacionales y los Esta-

⁵⁰ Esta opinión es compartida por todos los autores defensores de la Teoría cosmopolita analizados en el presente proyecto: Beck, 2004: 132 y 133; Castells, 2003: Vol. II, 397; Dahrendorf, 2005: 132; Held, 2005, 39 y 171; Megías, José J. en Caicedo, Aparicio; Domingo, Rafael y Santiváñez, Martín (coordinadores), 2006: «Una constante histórica. El derecho global», 29 a 32.

⁵¹ Este aspecto de la propuesta cosmopolita ya ha sido apuntado en el apartado «1.1. La constitución del Estado cosmopolita», en el tercer punto de la delimitación conceptual negativa realizada sobre esta institución. Se ha considerado oportuno reiterarla aquí por su importancia en la construcción supranacional cosmopolita.

dos y se extiende a todos los miembros de la «comunidad universal» (Held, 1997: 272).

Como reacción ante el desarrollo de un nuevo Estado cosmopolita y de una nueva forma de democracia, David Held (2005: 157 a 200) aboga por la creación de un nuevo pacto mundial. El pacto que elaboraron las distintas sociedades nacionales para la constitución de sus Estados nacionales es insuficiente para hacer frente a la necesidad de gobernanza global y la creación del Estado cosmopolita. Este nuevo pacto debe basarse en los principios socialdemócratas, pero con una aplicación universal, para garantizar la democracia y el bienestar a toda la población mundial. Este nuevo pacto exigirá que la soberanía nacional tome un impulso transnacional definitivo y se supere la regulación internacional vigente. Este pacto será, en definitiva, un pacto socialdemócrata global, que exigirá el compromiso, por parte de todos los Estados nacionales que lo acepten, para el mantenimiento de una soberanía compartida, de un régimen democrático supranacional y para la adopción de todos los compromisos necesarios en aras de solucionar los problemas incluidos en la agenda global. Con el fin de cumplir el objetivo anterior, será también necesario la creación de controles, para vigilar el cumplimiento de este nuevo derecho global y de los compromisos transnacionales adoptados, entre la agrupación de Estados nacionales democráticos que suscriban dicho pacto. De este modo, estos compromisos serán el origen de la democracia cosmopolita y la base para el desarrollo del Estado cosmopolita.

En este contexto de reflexión sobre la necesidad de dar un nuevo impulso a las democracias nacionales, Anthony Giddens aboga por una profundización de la propia democracia, es decir, «democratizar la democracia» (2000: 88). Esta nueva situación supondrá reformas en la política nacional para alcanzar un mayor grado de transparencia, así como una gestión más efectiva de los asuntos sociales, pero esta reforma no debe detenerse en los límites fronterizos de los distintos Estados nacionales, sino que debe avanzarse hacia una democratización a nivel mundial. Esta expansión de la democracia estará unida, en todo caso, al desarrollo de una sociedad civil mundial participativa, que luche activamente en esta dirección de cambio del panorama internacional contemporáneo.

Con la instauración del Estado cosmopolita, Ulrich Beck⁵² recoge una serie de efectos positivos que se producirían a nivel global. En primer lugar, los Estados nacionales⁵³ se beneficiarían de un incremento de la sensación de

⁵² Aunque se ha tomado de este autor la referencia general a los efectos positivos del cosmopolitismo, es necesario advertir que la relación entre éstos y su orden de preferencia no ha seguido los criterios del autor cosmopolita.

⁵³ En este momento debemos entender los Estados nacionales como son definidos desde la teoría cosmopolita, es decir, Estados que hayan superado el nacionalismo metodológico y la estrechez de miras nacional. Estados que hayan consentido un reparto de su soberanía y que respeten el derecho cosmopolita.

poder. En segundo lugar, una ampliación real del espacio de poder en el ámbito de desarrollo de la actividad política y jurídica nacional. En tercer lugar, se produciría un ennoblecimiento de los problemas mundiales por su reconocimiento por parte de los Estados nacionales y del Estado cosmopolita. En cuarto lugar, la apertura de dominio y acción de los Estados nacionales a un espacio transnacional. Esta cuarta ventaja, junto con la anterior, tendría como efecto positivo combinado una gestión más eficaz y eficiente de los problemas reconocidos como globales. En este sentido, por ejemplo, se garantizaría el respeto de unos derechos humanos a nivel mundial (2004, 307 a 310).

1.4. *El Estado red*

Manuel Castells es el autor que desarrolla el concepto del Estado red⁵⁴. Éste puede definirse como la unidad operativa real de la gestión política en un mundo globalizado, formado por Estados nacionales, organizaciones e instituciones internacionales, asociaciones de Estados nacionales, gobiernos regionales y locales y ONG.

El marco temporal en el que se desarrolla esta propuesta es el contexto postnacional –según los términos de Habermas (citado en Castells, 2003: Vol. II, 392)–. Este concepto coincide con el espacio temporal denominado *postmoderno* o *segunda modernidad*, dentro de la Teoría Cosmopolita. Por tanto, comparte marco temporal, así como la base conceptual y metodológica de partida, expuesta en la introducción para la corriente cosmopolita.

El punto de partida que toma para su construcción política es el que sigue. El nuevo sistema de poder, tal y como establece David Held, se caracteriza por la pluralidad de fuentes de autoridad o, incluso, por la pluralidad de fuentes de poder, siendo el Estado nacional sólo una de ellas.

En este contexto, para continuar con el hilo argumental del Estado red, es necesario entender que el poder estatal está constituido por un complejo patrón de alianzas y compromisos sociales. Este bloque de poder a nivel nacional puede no reproducirse a nivel de cada región o localidad. Por tanto, en relación con el bloque de poder, existe una diferenciación territorial del Estado. En el seno de esta segunda relación es donde se hace posible pensar en un nivel mayor de complejidad en las redes del gobierno constituidas por encima del Estado nacional y surge la imagen de un Estado nacional, inserto en el Estado red global.

Cuando el Estado nacional se vincula, bien con fragmentos de otros Estados, bien con asociaciones de Estados, se desarrolla el Estado red y «la práctica real del estado red se caracteriza por la tensión entre tres procesos

⁵⁴ El análisis del concepto del Estado red se basará en Castells, 2003: Vol. II, «5. La globalización, la identificación y el estado: ¿un estado impotente o un estado red?», 335 a 400.

que están interrelacionados en las políticas estatales: cómo se relacionan los estados individuales con sus súbditos mediante la representación de sus intereses sopesados en el estado red; cómo aseguran el equilibrio y el poder del estado red al que pertenecen, en la medida en que éste aporta la plataforma que asegura la eficiencia del estado en un sistema globalizado; y cómo fomentan sus intereses específicos *vis à vis* los otros estados en su red compartida» (2003: Vol. II, 394 y 395). Este espacio político tridimensional constituye la realidad de la gobernanza global. ¿Cómo operan las relaciones de poder, en este proceso de gobernanza global? Para contestar a esta cuestión, Manuel Castells concluye que la única respuesta posible es proceder a un análisis empírico de las relaciones de poder existentes y la utilidad del esquema propuesto habrá de enjuiciarse en la práctica de tal análisis. Aun con la falta de este análisis empírico, el citado autor entiende que es posible decir que el sistema de toma de decisiones políticas basado en el Estado red se caracteriza por órdenes superiores de complejidad e incertidumbre. La definición de los objetivos de la gobernanza global, por ejemplo, la definición de lo que constituye un bien público, en ausencia de instituciones gubernamentales globales legítimas, depende de las relaciones de poder existentes en el estado red. Teniendo en consideración la complejidad asimétrica del Estado red, su estabilidad dependerá de que cada nodo de la red, es decir, cada una de los Estados nacionales que forme el Estado red, incluido el más dominante, asuma una pérdida de su soberanía individual.

En este momento de la construcción de Manuel Castells, se produce su «cosmopolitización». El hecho de que el mundo globalizado actual pueda ser gobernado por un Estado red es una cuestión abierta. En este plano de discusión se sitúa la propuesta del Estado cosmopolita. «La institucionalización del estado red en una forma cosmopolita de gobierno podría ser entonces una forma de afirmación colectiva de la soberanía al precio de reducir la autonomía» (2003: Vol. II, 397).

Para que se establezca definitivamente este sistema cosmopolita de gobernanza es indispensable, como reconocen tanto Habermas como Beck, el auge de una cultura cosmopolita en las sociedades del mundo.

En la realidad, tanto la Unión Europea como Estados Unidos se mueven en una dirección opuesta a esta idea. Por tanto, lo que se observa en la era actual es la creciente división entre la globalización de las cuestiones, la autoidentificación de los ciudadanos y la afirmación de los intereses nacionales en el terreno del Estado red informal.

«En último término, el unilateralismo rompe la red en distintas redes e introduce una lógica de confrontación entre ellas. Por tanto, en términos analíticos, la realidad del estado en la sociedad red exige entender tanto la lógica de la red como la dominación, la práctica de la gobernanza global compartida y las nuevas formas de guerra» (2003: Vol. II, 398).

Esta construcción teórica, tal como sucedía con el Estado cosmopolita, no implica que se afirme la desaparición del Estado nacional, en tanto que

práctica histórica. Para Manuel Castells, la competitividad nacional continúa siendo una función de las políticas nacionales y las políticas económicas nacionales y locales son esenciales para el atractivo de las multinacionales extranjeras. Los Estados nacionales también pueden utilizar sus políticas reguladoras para influir en los movimientos de capital, trabajo, información y bienes. La supervivencia de los Estados nacionales se debe asimismo «(...) al comunalismo defensivo de las naciones y los pueblos de su territorio, aferrándose a su último refugio para no ser arrastrados por el torbellino de los flujos globales» (2003: Vol. II, 399). Esto no obsta para afirmar que los Estados nacionales se han transformado de sujetos soberanos, en actores estratégicos, en un sistema global de interacción, en una situación de soberanía compartida sistémicamente.

1.5. *Propuestas para desarrollos institucionales concretos*

La Teoría Cosmopolita «desde arriba», *grosso modo*, defiende que, por un lado, el derecho nacional se oriente hacia una soberanía compartida e inclusiva, abandonando, para ello, los nacionalismos excluyentes y los fundamentalismos étnico-culturales. Los Estados nacionales deben cooperar para la realización de esta nueva forma de organización política y consagrar los acuerdos adoptados en el ordenamiento jurídico interno, para garantizar su aplicación. Por otro lado, en relación con el derecho internacional y las organizaciones internacionales existentes, esta construcción teórica aboga por un cambio hacia la instauración de la democracia a nivel mundial y una mayor responsabilidad de los Estados nacionales en el plano internacional, sobre todo, en el ámbito de garantía de los derechos humanos a nivel mundial.

Debido a la dificultad de institucionalización de la propuesta cosmopolita, algunos autores, como se analizará a continuación, proponen el desarrollo de cambios institucionales concretos y limitados. Podrían definirse como los componentes necesarios para dar una solución institucional a la democracia en el orden global, sin llegar a la instauración del orden democrático cosmopolita.

En primer lugar, expondremos la propuesta de David Held⁵⁵, a favor del desarrollo de una asamblea de Estados y agencias democráticas, directamente elegidas y con poderes reales. Se trataría de «una coalición de agrupaciones políticas que, con el fin de hacer avanzar la agenda de la socialdemocracia, incorporaría a países europeos con fuertes tradiciones progresistas y socialdemócratas; a unos grupos progresistas de Estados Unidos, partidarios del multilateralismo y de la aplicación del imperio de la ley a la política

⁵⁵ El desarrollo de esta Asamblea cosmopolita es un tema tratado por David Held a lo largo de todas sus obras analizadas para la elaboración del presente artículo: Held, 1997: 324 a 326 y 2005: 206 a 210; Held y McGrew, 2003: 154.

internacional; a países en vías de desarrollo que luchan por conseguir normas comerciales más libres y justas para el sistema económicos mundial; a organizaciones no gubernamentales que, desde Amnistía Internacional a Oxfam, promueven un orden mundial más justo, democrático y equitativo; a movimientos sociales transnacionales que ponen en cuestión la naturaleza y la forma de globalización actual, y a las fuerzas económicas que desean una economía global más fuerte y organizada» (2005: 206).

En segundo lugar, para la gestión de problemas de alcance global, delimitados por áreas concretas de conocimiento, Ralf Dahrendorf, en un intento de construir una nueva democracia, propone la creación de «senados éticos» (2002: 127). El citado autor parte de la base de que hay determinados temas que, por los conocimientos científicos que se exigen para poder tomar una opinión fundada sobre ellos, deberían apartarse del debate parlamentario y del principio de la mayoría y debatirse en el seno de cámaras no elegidas popularmente. En torno a estos temas, las decisiones deberían adoptarse por medio de un procedimiento diferente al que está sujeto el debate parlamentario, alejado de juicios mediáticos y de campañas políticas propagandísticas. Con el establecimiento de los senados éticos, no se solucionarán todos los problemas del Estado nacional. Además, debido a su alcance nacional, las decisiones adoptadas en un Estado podrían contrariar la regulación nacional de otro. En un intento de solucionar y superar la nacionalidad de los senados éticos, sería necesario adoptar formas de regulación internacional, en relación con estas materias. Estos debates científicos podrían desarrollarse también en el seno de las organizaciones internacionales pertinentes, en relación con el tema que se deba tratar.

La creación de unos senados éticos es apropiada para los problemas que se están suscitando, no sólo en los Estados nacionales, sino también en la comunidad internacional, debido al progreso científico. Con el desarrollo de este tipo de instituciones se podría, entre otras cosas, lo siguiente: primero, controlar el debate de la comunidad científica, incluyendo a personalidades entendidas, pero de procedencia ideológica; segundo, alejar estos debates de las campañas propagandísticas de los partidos políticos; tercero, superar las fronteras nacionales y la adopción de normas de carácter internacional. Esta propuesta es similar a la de Jean-Marie Guéhenno, quien propone la constitución de administraciones especializadas, por parte de los Estados nacionales, para que elaboren la regulación en los nuevos ámbitos que surgen por el desarrollo tecnológico (2000: 92).

En tercer lugar, centrándonos en el ámbito de la globalización económica, David Held propone el desarrollo de una nueva organización económica que controle y gestione los problemas de distorsión de la competencia: crear una institución financiera internacional, que supla a las ya existentes –Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio– que controle el cumplimiento de los acuerdos adoptados y que cree mecanismos redistributivos de inversión a largo plazo, para ayudar

a los países en vías de desarrollos y/o a los países subdesarrollados, a avanzar hacia el lado de los ganadores de la globalización. Los Estados nacionales deben garantizar a nivel nacional un control sobre la economía, por medio de mecanismos de rendición de cuentas y control fiscal. Estos datos después deberían ser remitidos a esa novedosa organización supranacional, para conseguir un control global de la economía (1997: 308 y 309 y, sobre todo, 2005: 89 a 101). Para superar el problema de descontrol del mercado global, los Estados nacionales deben, además, adoptar compromisos en este campo y el desarrollo de una regulación jurídica transnacional, en aspectos de producción, comercio y consumo, que impida al mercado financiero y a las empresas transnacionales el desarrollo de su actividad en espacios desregulados.

En cuarto lugar, y siguiendo el hilo de la globalización económica, sería beneficioso para incrementar el control de los Estados nacionales frente a ésta, la creación de una agencia tributaria internacional o de la elaboración de normas internacionales tributarias que gravasen las transacciones mundiales (Condera Campos y Ruesga Benito [coordinadores], 2007).

Con estas propuestas de desarrollo institucional, lo que se pretende es contrarrestar los aspectos negativos de la globalización, así como la pérdida de poder por parte de los Estados nacionales, en aras no sólo de gestionar dichos aspectos, sino de regular y controlar la propia globalización en sí misma⁵⁶.

2. Propuestas de la corriente cosmopolita «desde abajo»

2.1. *La globalización «desde abajo» y la democracia normativa*

Richard Falk considera que los efectos negativos de las fuerzas globales del mercado deben encontrar movimientos locales y transnacionales opositores, promovidos por parte de la sociedad civil⁵⁷. Esta emergente sociedad civil global se presenta como un contrapeso de la economía desregulada y pretende (re)instrumentalizar a los distintos Estados nacionales, para que puedan acomodarse a la nueva situación, minimizando, en la medida de lo posible, las consecuencias negativas de la globalización neoliberal imperante. Entre estas consecuencias negativas, ya apuntadas en el presente artículo,

⁵⁶ No se trata de una propuesta de acción global presentada en conjunto por los autores defensores del cosmopolitismo, sino que cada autor afín a esta construcción teórica aporta una posible solución. Al presentarlas formando un cuerpo organizado se intenta dotar de mayor consistencia a la propuesta de la Teoría Cosmopolita.

⁵⁷ Sobre el debate doctrinal actual en torno a la idea de sociedad civil, nos remitimos a lo expuesto en el apartado «1.2.2. Pueblo: Sociedad civil cosmopolita» ya que en este apartado es donde se han recogido las aportaciones no sólo de la corriente cosmopolita «desde arriba», sino también las contribuciones de la corriente que nos ocupa en este momento.

destacan, para el autor aquí analizado, las desigualdades sociales globales y la imposibilidad de una participación-control democrático, en el plano global.

Esta resistencia civil global está en fase de formación y el autor la presenta como una solución democrática aglutinadora de la sociedad, que promoverá acciones a nivel local, regional y/o transnacional, frente a los problemas de la globalización actual. Dichos problemas surgen, sobre todo, por la incapacidad de controlar el mercado global, de satisfacer las necesidades de la sociedad, su bienestar, y de prever y/o solucionar los problemas medioambientales (2002: 193 a 199).

Esta sociedad civil global emergente presenta una carencia muy importante: una ideología alternativa unificada, para hacer frente a la globalización actual y establecer una propuesta alternativa, que aborde los retos normativos más básicos que aúnen Estado nacional, mercado, problemas sociales y medioambientales. Es necesario reconocer que esta sociedad civil global ha demostrado su eficacia en asuntos concretos, esto es, frente a los efectos más negativos de la globalización y/o en campañas locales, pero necesita una construcción ideológica y teórica global que la presente en el plano internacional, nacional y/o transnacional, como una alternativa viable, capaz de gestionar los problemas globales⁵⁸.

Para superar esta situación, Richard Falk desarrolla su propuesta de democracia normativa. La democracia, entendida ésta en términos generales, es una condición esencial para que la sociedad civil global pueda desarrollar su acción política y la democracia normativa, en concreto, pretende actuar como fuerza unificadora de la sociedad civil global para lograr una renovación de la acción política progresista. Se trata de una nueva forma de entender la democracia, en la que ésta es concebida como «algo» (2002: 215) que va más allá de unas elecciones periódicas constitucionales y libres. La democracia normativa debe también incluir un conjunto de garantías adicionales. Estas garantías deben orientarse a asegurar que el ejercicio de poder se conducirá hacia el bienestar humano y el sostenimiento ecológico, y de que los ciudadanos tendrán acceso a los escenarios de toma de decisiones.

Desde los movimientos sociales del Sur del globo, también se ha propuesto una democracia deliberativa o participativa. Se trata, en definitiva, de

⁵⁸ Este problema también es reconocido por Boaventura de Sousa Santos, quien afirma que estas uniones cosmopolitas constituidas sobre una base social no clasista pueden sufrir inestabilidad. Esto exige que quienes participen en las uniones mantengan una autorreflexividad permanente y se alejen de las características de las instituciones hegemónicas para el desarrollo de sus iniciativas. La inestabilidad mencionada puede derivarse también de otra circunstancia que no es otra que las diferencias en la concepción de la resistencia emancipatoria por parte de las iniciativas cosmopolitas surgidas en las distintas regiones del sistema mundial (2005: 279).

desarrollar una nueva redistribución social sobre un nuevo contrato social, que modifique la ecuación entre participación y beneficio social. Es necesario, según estos movimientos, revivir la aspiración y la demanda por la justicia social, por la vía de la participación política activa en actos repetidos, transparentes y mínimamente mediados (Santos, en Santos y Garavito, 2007: 280). Esta propuesta se acerca a los fines perseguidos por Richard Falk en su desarrollo teórico de la democracia normativa.

El cambio de la globalización actual a «otra» globalización, no debe estar únicamente constituida por un movimiento social global, sino que debe dotarse asimismo de agentes políticos que, por medio de la democracia normativa, logren alcanzar una teoría y una práctica coherentes con los objetivos que se persiguen con su instauración. Así, este nuevo movimiento civil y político global será capaz de influir en los entes políticos de gobierno –locales, nacionales, regionales y/o transnacionales– para superar los efectos negativos del proceso globalizador neoliberal hegemónico.

Esta propuesta sólo podrá desarrollarse en un futuro si se dan, al menos, dos condiciones. Por un lado, los Estados nacionales tienen que apartarse de las fuerzas de los mercados globales y optar por una democracia global, que vele por las desigualdades sociales globales actuales. Por otro lado, la sociedad civil global debe afianzar su fuerza de actuación ante los Estados nacionales, las fuerzas del mercado global y la comunidad internacional, y llegar a plantear líneas normativas que, con un alto respaldo social, sean inaplazables de los puntos de la agenda política global.

2.2. *Globalización contrahegemónica y legalidad cosmopolita subalterna*

La propuesta teórica de Boaventura de Sousa Santos surge como consecuencia de la existencia de tres contradicciones. En primer lugar, la contradicción entre globalización y localización. Se están desarrollando simultáneamente procesos de interacción globales desterritorializados y procesos regionales, nacionales y locales basados en la proximidad y la interactividad (2005: 264).

En segundo lugar, la contradicción que se presenta entre Estado nacional y Estado transnacional. Esta contradicción presenta, por un lado, la debilidad organizativa y regulatoria de los Estados nacionales y, por otro, su centralidad en la creación de la globalización. «Cada una de estas posiciones recoge una parte de los procesos en curso. Sin embargo, ninguna de ellas capta cabalmente las transformaciones en su conjunto, porque éstas son, de hecho, contradictorias e incluyen tanto procesos de estatalización –a tal punto que se puede afirmar que los Estados nunca fueron tan importantes como hoy– como procesos de desestatalización en los que interacciones, redes y flujos transnacionales de la más innegable trascendencia se presentan, sin alguna

interferencia significativa del Estado, contrariamente a lo que sucedía en el periodo anterior» (2005: 265).

Por último, en tercer lugar, la contradicción político-ideológica entre los que ven la globalización como la mejor oportunidad para el capitalismo y los que la ven, por el contrario, como una oportunidad para ampliar la solidaridad y las luchas anticapitalistas al ámbito transnacional (2005: 265).

La finalidad de su propuesta, es decir, del desarrollo de la legalidad cosmopolita subalterna, es la búsqueda de enfoques socio-jurídicos capaces de aclarar las causas y el modo en que cambian las instituciones jurídicas hegemónicas. Con esto, se pretende documentar empíricamente las experiencias de resistencia, afirmar su potencial para subvertir las instituciones e ideologías hegemónicas, reconectar el derecho y la política e imaginar instituciones jurídicas construidas «desde abajo». Todo lo anterior implica, a su vez, dirigir este análisis crítico hacia las formas plurales de resistencia y hacia las alternativas jurídicas que crean periódicamente las bases populares en todo el mundo (Santos y Rodríguez Garavito en Santos y Rodríguez Garavito [eds.], 2007: 17 y 19).

2.2.1. NUEVO DESARROLLO CONCEPTUAL: SOCIOLOGÍA DE LAS AUSENCIAS Y SOCIOLOGÍA DE LAS EMERGENCIAS

En la actualidad, el mundo sufre desigualdad, falta de libertad, ausencia de paz y crisis ecológicas. Ante este panorama es necesario desarrollar, según Boaventura de Sousa Santos, una teoría crítica, para superar los diversos rostros actuales de la dominación y la opresión. Para esto, el citado autor defiende el «posmodernismo inquietante o de oposición» (2005: 105). En esta postura sociológica, se asume que existe una disyunción entre los problemas globales que surgen y las posibles soluciones, ya que estas últimas no se llevan a cabo en el plano global. En este contexto, la posmodernidad debe ser convertida en punto de partida, para afrontar desafíos derivados del intento de construir una teoría crítica posmoderna⁵⁹. Esta propuesta no se centra en el análisis de lo que se expresa como existente (en los medios, en el discurso universitario, en el diálogo social), sino que su centro está en las alternativas silenciadas, en aquello que la modernidad ha renunciado a ver como un problema, porque carecía de solución para ello⁶⁰. La teoría crítica posmoderna, por tanto, debe ser crítica con

⁵⁹ La otra posible postura sociológica propuesta por Boaventura de Sousa Santos, como contraria a la expuesta en el texto del artículo, es el «posmodernismo celebratorio» (Santos, 2005: 104). Esta postura sociológica entiende que la inexistencia de soluciones modernas indica que no hay problemas modernos y, así, lo que existe debe ser aceptado y elogiado.

⁶⁰ Esta afirmación de Monedero (en Santos, 2005: 40) es compartida también por Fariñas (2005, 55). Esta última autora mantiene también la opinión de que la economía capitalista se fundamenta en que ante ella no existe alternativa posible.

el conocimiento mismo para conseguir, en última instancia, «una forma alternativa de pensar alternativas» (2005: 106). El posmodernismo de oposición, como discurso alternativo en la sociología actual, es una utopía intelectual, cuyo objetivo último es hacer posible una utopía política que deberá repensar radicalmente el Estado (Monedero en Santos, 2005: 42).

Para conseguir el desarrollo de una postura contrahegemónica y una narrativa diferente del mundo en el que vivimos, es necesario ampliar el presente y contraer el futuro. Así, se aumentará el tiempo y el espacio de reflexión teórica⁶¹. En primer lugar, para dilatar el presente es necesario el desarrollo de una sociología de las ausencias. Con esto, se trata de identificar las experiencias ausentes en el mundo, para que su ausencia se torne en presencia. El objetivo de la sociología de las ausencias es revelar la variedad y multiplicidad de las prácticas sociales y hacerlas creíbles, por contraposición a la credibilidad exclusiva de las prácticas sociales hegemónicas.

En segundo lugar, la contracción del futuro se obtiene a través de la sociología de las emergencias. Ésta consiste en la investigación de las alternativas que caben dentro del horizonte de las posibilidades concretas, para, por un lado, conocer mejor las condiciones de posibilidad de la esperanza y, por otro, poder definir principios de acción que promuevan la realización de dichas condiciones (2005: 169).

Tanto la sociología de las ausencias como la sociología de las emergencias aumentan enormemente el número y la diversidad de las experiencias disponibles y posibles. Para crear inteligibilidad, coherencia y articulación en un mundo enriquecido por tal multiplicidad y diversidad de tales experiencias, es necesario desarrollar un trabajo de traducción sobre ellas⁶². Este trabajo de traducción, basado en la sociología de las ausencias y en la sociología de las emergencias, es un trabajo de imaginación epistemológica y de imaginación democrática, que tiene como objetivo último constituir nuevas y plurales concepciones de emancipación social sobre las ruinas de la emancipación social automática del proyecto moderno (2005: 186).

⁶¹ El análisis que se desarrollará a continuación seguirá las aportaciones de Boaventura de Sousa Santos realizadas en Santos, 2005: «Capítulo 4. Hacia una sociología de las ausencias y una sociología de las emergencias», 151 a 192. Parece que vuelve a aflorar la idea, ya comentada en el presente artículo, de que «otra» globalización debiera de ser posible y desarrollada desde la Teoría Cosmopolita tanto «desde arriba» como «desde abajo», véase el inicio del apartado III del presente artículo.

⁶² La complejidad del trabajo de traducción se debe sobre todo a dos factores: en primer lugar, a la complejidad de movimientos y organizaciones implicados; en segundo lugar, a los saberes y las culturas tan diversas en las que se encuentran anclados dichos movimientos y organizaciones implicadas (Santos, 2005: 180). «El trabajo de traducción es el procedimiento que nos queda para dar sentido al mundo después de haber perdido el sentido y la dirección automáticos que la modernidad occidental pretendió conferirles al planificar la historia, la sociedad y la naturaleza» (Santos, 2005: 185).

2.2.2. VÍAS ALTERNATIVAS AL ESTADO NACIONAL PARA SUPERAR LAS DESIGUALDADES GLOBALES

Alguna de las posibles vías para desarrollar nuevas formas y metamorfosis de los sistemas de desigualdad y exclusión, y superar la gestión ineficaz en estos ámbitos protagonizada por el Estado nacional son el desarrollo de una nueva articulación postmoderna y multicultural entre las políticas de igualdad y las de identidad, la reinención del Estado nacional y la globalización desde abajo.

A) Políticas de igualdad y políticas de identidad

El desarrollo de una nueva articulación posmoderna y multicultural entre las políticas de igualdad y las de identidad se refiere a lo siguiente. Los seres humanos tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos interioriza, pero también tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza. Asumiendo esta máxima, es necesaria la creación de un consenso mínimo alrededor de este imperativo, para que la lucha utópica contra la creciente virulencia de los sistemas de desigualdad y exclusión sea más realista (2005: 222 a 225).

B) Reinención del Estado nacional

En relación con la reinención del Estado nacional, se persigue el cambio del Estado nacional como institución, en el sentido marcado por la globalización contrahegemónica⁶³. Con el establecimiento del capitalismo global, se ha podido comprobar que el problema del Estado no se resuelve con la creación de un Estado débil, sino que éste debe modificar su naturaleza (2005: 317). La posición de Boaventura de Sousa Santos frente al Estado nacional es que éste es una entidad en pugna, por un lado, por las empresas multinacionales y, por otro, por los movimientos sociales para salvaguardar, estos últimos, el Estado social.

Desde el punto de vista institucional, esta fase de reforma del Estado nacional se sitúa sobre dos pilares: primero, la reforma del sistema jurídico, sobre todo del judicial; segundo, el desarrollo del llamado *tercer sector* (2005: 318).

⁶³ Para una información más amplia sobre esta segunda propuesta, véanse Monedero en Santos, 2005: 80 a 87; Santos, 2005: 225 a 231 y «Capítulo 7. La reinención solidaria y participativa del Estado», 311 a 338; «11. Reinventar el Estado: el camino hacia una globalización contrahegemónica» (Monedero en Santos, 2005: 80 a 87).

En relación con la reforma del sistema jurídico⁶⁴, el citado autor entiende que, en la medida en que el papel del Estado nacional ha sido reformado para adecuarse al nuevo consenso global neoliberal, el sistema judicial deberá sufrir también una transformación (en Santos y García Villegas 2001: 160). La atención crítica que reciben ahora los tribunales de justicia «es producto del nuevo papel que se asigna a la justicia como instrumento clave de la buena administración y del desarrollo basado en el derecho» (2001: 161). Según el autor, estamos entrando en una época de expansión del poder judicial a escala global⁶⁵.

Para el desarrollo de este proceso, se establece como hipótesis de partida la existencia de una correlación entre la reforma judicial y legal, por un lado, y el Estado, como sistema político y aparato administrativo, por otro. Por tanto, el asunto de la reforma judicial es, ante todo, un asunto político (2001: 184). La crisis de la democracia y del Estado de Bienestar ha sido asociada con los poderes legislativo y ejecutivo. Este hecho ha inducido a un desplazamiento del núcleo de legitimidad del Estado desde éstos hacia el poder judicial. Este desplazamiento puede traer como consecuencia, en primer lugar, que, en lo sucesivo, la legitimidad democrática resida en el único poder del Estado que no es elegido (2001: 186). Este fenómeno puede tener como segunda consecuencia el desarrollo de una nueva forma de Estado: el Estado post-bienestar (2001: 188). A esta doble causalidad hay que añadir que, sobre todo en los países semiperiféricos, la intervención judicial a favor de los derechos humanos, la protección de los oprimidos y contra la corrupción, ha suscitado expectativas en la reforma judicial (2001: 189). En definitiva, lo que se persigue con esta reforma es la creación de un Estado nacional posterior al ajuste estructural necesario, derivado de la globalización neoliberal (2001: 190)⁶⁶.

⁶⁴ En el análisis de la conveniencia de una reforma del sistema judicial como vía para la reinversión del Estado nacional seguiremos la explicación de Boaventura de Sousa Santos en Santos y García Villegas, 2001: «Capítulo III. Derecho y democracia: la reforma global de la justicia», 151 a 207.

⁶⁵ Para explicar esta afirmación (Santos en Santos y García Villegas, 2001: 162), el autor aporta diferentes razones, divididas según el área geográfica en la que se encuentren los distintos Estados nacionales. En los países centrales, sobre todo en los Estados del continente europeo, el creciente protagonismo de la justicia se debe, en primer lugar, a la percepción pública de una falta de transparencia, responsabilidad y participación en el gobierno y, en segundo lugar, a la pérdida de eficiencia y protección del Estado de Bienestar (2001: 185). En los países semiperiféricos, esta expansión se debe, sobre todo, al deseo de transición de una economía planificada a una economía de mercado por medio de un marco legal y un sistema jurídico fuertes (2001: 166). Este deseo se debe, en la mayoría de los casos, a las presiones del proceso de globalización hegemónica (2001: 177).

⁶⁶ La modificación de la base de legitimación de los Estados nacionales, así como su crisis es un tema que se ha estudiado también en la corriente cosmopolita «desde arriba», así como por autores ajenos a dicha Teoría. Véanse Beck, 2002a: 201; Dahrendorf, 2002: 7 a 15; Faria, 2001: 24 y 25; Giddens, 2000: 88; Olivas, 2004: 83 a 122; Rodríguez Carrión en Oliet Palá, 2003: 278; Vallespín en Oliet Palá, 2003: «Democracia y globalización», 145 a 177.

¿Qué perspectivas para la democracia se originan de la dependencia global del Estado de derecho y del activismo judicial? (2001: 193). A juicio de Boaventura de Sousa Santos, estamos entrando en una nueva fase, una fase de reconstrucción positiva del Estado nacional adecuada a las necesidades reguladoras del nuevo modelo de desarrollo neoliberal consolidado. El interés por el Estado de derecho y por el sistema judicial es uno de los principales componentes de la reconstrucción del Estado nacional que, a juicio del autor, se adelanta en la actualidad (2001: 194).

Para la reforma global de la justicia y la prevención de la sobrecarga del sistema judicial, se propone la resolución alternativa de conflictos o *Alternative Dispute Resolution* (ADR)⁶⁷.

Para analizar los efectos de esta reforma, Boaventura de Sousa Santos se apoya en dos concepciones distintas de la democracia⁶⁸. En primer lugar, la democracia I es la concepción predominante de democracia actualmente, es la democracia que está siendo globalizada por la globalización hegemónica. Su mayor peligro es que, por definición, puede ser restringida para ajustarla a las necesidades del capitalismo global⁶⁹.

En segundo lugar, la democracia II es una concepción contrahegemónica de la democracia. Ésta, a diferencia de la anterior, considera que en caso de colisión entre democracia y capitalismo, debe prevalecer la primera. Por consiguiente, los criterios que deben cumplir el Estado de derecho y el sistema judicial para cumplir las exigencias de la democracia II son más estrictos que los que se aplican a la democracia I. La democracia II, por tanto, es la promovida por las luchas sociales, utilizando para ello, entre otros, la intervención de los jueces, y podría convertirse en una forma de globalización contrahegemónica. La democracia II encuentra como principal obstáculo para su desarrollo el hecho de que se trata, por definición, de una globalización contrahegemónica. Por tanto, para llevarse a cabo necesita de un movimiento social fuerte y de una ciudadanía activa

⁶⁷ El mayor peligro que entraña esta propuesta para Boaventura de Sousa Santos es que el ADR se convierta en una justicia de segunda clase para ciudadanos de segunda clase (en Santos y García Villegas, 2001: 195).

⁶⁸ Para más información sobre la democracia I y II véase Santos en Santos y García Villegas, 2001: 193 a 207).

⁶⁹ M.^a José Fariñas comparte la creencia de que, debido al desarrollo de la ideología neoliberal, la democracia, en la actualidad, impone restricciones a la institución del Estado nacional pero no a la institución del mercado (2005: 106). Para ello pone como ejemplo el desigual desarrollo a nivel internacional de la protección de determinados derechos humanos. Para más información véase Fariñas, 2005: «7. Los “derechos del mercado y en el mercado”», 103 a 109. John Gray (2000: 269) también afirma que la democracia y el libre mercado son competidores. Por tanto, el capitalismo democrático oculta una relación profundamente democrática.

que englobe la reforma-lucha judicial en una reforma-lucha política más amplia⁷⁰.

El segundo pilar institucional en que Boaventura de Sousa Santos basa la reinención del Estado nacional es el tercer sector⁷¹. El tercer sector aglutina a todas aquellas organizaciones sociales que, siendo privadas, no tienen fines lucrativos y, siendo no estatales, responden a objetivos sociales, públicos o colectivos. Esta definición permite emplear este concepto para instituciones con raíces ideológicas heterogéneas. Bajo esta definición podemos incluir a cooperativas, mutualidades, fundaciones, ONG, organizaciones de voluntarios, etc. Si el tercer sector, en su conjunto, se rige por unas reglas respetuosas con la autonomía y la integridad de las distintas organizaciones involucradas, su desarrollo puede llegar a constituir el cimiento de las nuevas formas de globalización contrahegemónica.

El desarrollo del tercer sector, en la actualidad, tiene como principal consecuencia que la comunidad, en la modernidad occidental, puede que consiga deshacer la hegemonía que Estado y mercado han venido compartiendo, con distinto peso, en los distintos periodos históricos (2005: 312). El tercer sector, tal y como se plantea en el presente apartado, surge por la propia acción del Estado que promueve su creación mediante políticas de diferenciación positiva respecto del sector privado capitalista.

Es preciso, no obstante, plantear las siguientes advertencias respecto del tercer sector en relación con su desarrollo democrático y su relación con el principio de Estado. En primer lugar, «(...) conviene recordar la advertencia de Rousseau: el tercer sector también puede generar corporativismo» (2005: 320). En segundo lugar, en los países centrales, el tercer sector puede que se consolide como apaciguador de los ataques neoliberales a las conquistas políticas logradas en épocas anteriores. En este caso, puede que el tercer sector se convierta en la solución a un problema insoluble y fracasar, tal y como le ha sucedido al Estado nacional, en primer lugar, y al mercado, en la actualidad (2005: 324). En tercer lugar, es posible que el tercer sector pueda tener con el Estado unas relaciones de clientelismo dependiendo de los pactos políticos que se articulen entre el principio de comunidad y el principio de Estado (2005: 337).

⁷⁰ En su obra, Boaventura de Sousa Santos al expresar esta idea sólo se refiere a la lucha judicial y a la lucha política (en Santos y García Villegas, 2001: 207). Sin embargo, al relacionar reforma-lucha se intenta remarca el hecho de que la lucha debe tener como base toda la argumentación ideológica precedente para orientar la lucha. Esto es, la globalización contrahegemónica se apoya en una argumentación sólida que no debe dejarse al margen en el desarrollo de las reformas-luchas sociales.

⁷¹ Para el análisis y la exposición de esta parte del pensamiento de Boaventura de Sousa Santos seguiremos Santos, 2005: 318 a 337.

C) La globalización «desde abajo»

En tercer lugar, y como última propuesta para superar la situación actual de desigualdades globales y de exclusión social global, Boaventura de Sousa Santos destaca la importancia del desarrollo de la globalización «desde abajo»⁷². Este concepto es sinónimo de la globalización contrahegemónica ya analizada (2005: 281). Los movimientos ajenos a la lógica de la globalización hegemónica imperante, principales actores del impulso de «otra» globalización, se están desarrollando gracias a modos alternativos de producción de la globalización como son el patrimonio común de la humanidad⁷³ y el cosmopolitismo⁷⁴.

Con el primero de ambos conceptos, se trata de destacar que la resistencia a la globalización neoliberal debería producirse por medio del patrimonio común de la humanidad. Este concepto debemos entenderlo como «(...) las luchas transnacionales por la protección y la desmercantilización de recursos, entidades, artefactos y ambientes considerados esenciales para la supervivencia digna de la humanidad y cuya sustentabilidad sólo puede ser garantizada a una escala planetaria» (2005: 280).

El segundo modo de producción de la globalización «desde abajo» es el cosmopolitismo. Éste es definido como «(...) uniones transnacionales de grupos sociales victimizados por los sistemas de desigualdad y exclusión, que establecen redes entre asociaciones locales, nacionales y transnacionales como el medio más eficaz de lucha por sus intereses igualitarios e identitarios contra la lógica de la globalización capitalista» (2005: 232)⁷⁵.

La razón cosmopolita tiene dos objetivos principales: por un lado, identificar nuevas totalidades y adoptar otros sentidos para la transformación social y, por otro, proponer nuevas formas de pensar esas totalidades y de concebir esos sentidos (2005: 174). La razón cosmopolita reclama la constitución de zonas de contacto, es decir, campos sociales donde diferentes puntos de vista normativos, prácticas y conocimientos se encuentran, chocan e interactúan. En estas zonas de contacto se parte del principio de que cada saber o práctica decide qué es puesto en contacto con qué (2005: 181). La razón cosmopolita prefiere imaginar un mundo mejor a partir del presente⁷⁶. De ahí que proponga una dilatación del presente y la contradicción del futu-

⁷² Para más información sobre este concepto, véase Santos, 2005: 231 a 233; «Capítulo 8. Reinventar la democracia», 339 a 372.

⁷³ El concepto del patrimonio común de humanidad se define, principalmente, en Santos, 2005: 280 y 281.

⁷⁴ Este concepto es analizado por Santos a lo largo de toda su obra (2005); véanse, sobre todo, las páginas 174, 181, 185, 186 y 277 a 281.

⁷⁵ Con esta definición, Boaventura de Sousa Santos sitúa el desarrollo cosmopolita «abajo», es decir, en los distintos movimientos sociales y agrupaciones civiles en todos los niveles.

⁷⁶ Esta afirmación enlaza con el desarrollo de «otra» globalización; véase, en el presente artículo, el apartado introductorio de «III. Propuestas de la Teoría Cosmopolita».

ro. Aumentando el campo de las experiencias, será posible evaluar mejor las alternativas que son posibles y están disponibles en el momento actual (2005: 186). La resistencia de las uniones cosmopolitas consiste en transformar intercambios desiguales en intercambios de autoridad compartida. Esto se traduce en luchas contra la exclusión, la dependencia, la desintegración y la descalificación (2005: 277). En todas sus variantes, estas luchas tienen como objetivo final la emancipación de las clases dominadas, bien se deba esta dominación a mecanismos de opresión bien se deba a mecanismos de exclusión (2005: 279). Boaventura de Sousa Santos propone, haciendo propios estos objetivos, una reivindicación cosmopolita que permita y promueva la deliberación democrática.

En definitiva, en la actualidad, las luchas democráticas no pueden reducirse al espacio-tiempo nacional, de hecho, «compete a la democracia redistributiva convertir el Estado nacional en elemento de una red internacional que disminuya o neutralice el impacto destructivo y excluyente de esos imperativos y que, en la medida de lo posible, invierta el sentido de éstos en beneficio de una redistribución equitativa de la riqueza globalmente producida» (2005: 371). Así, la lucha nacional por la democracia redistributiva, debe sumarse a la lucha por un nuevo derecho internacional más democrático y participativo.

En el punto concreto de la lucha contra la globalización económica hegemónica, Boaventura de Sousa Santos mantiene que la resistencia más eficaz reside en la promoción de economías de pequeña escala, diversificadas, reterritorializadas, ligadas a fuerzas exteriores aunque independientes de ellas (2005: 281). El impulso de la localización no implica, necesariamente, una negación de las resistencias globales y/o translocales, aunque sí coloca el énfasis en la promoción de las sociabilidades locales (2005: 282). La globalización contrahegemónica debe generar su proliferación en todas partes como respuestas locales a presiones globales y, a su vez, establecer articulaciones translocales entre sí o junto con organizaciones y movimientos transnacionales que compartan parte de sus objetivos (2005: 285).

2.3. *Estado como novísimo movimiento social*

En la actualidad, la reforma del Estado puede inclinarse por dos vías opuestas: por un lado, cabe el desarrollo de un Estado-empresario y, por otro, la constitución de un Estado como novísimo movimiento social. El primero de ellos persigue el liderazgo del mercado frente al Estado. El segundo, por el contrario, persigue el predominio de la comunidad frente al Estado potenciando las relaciones recíprocas entre la comunidad y el Estado (Santos, 2005: 330 y 331).

Las transformaciones tan profundas de las que está siendo objeto el Estado hacen que, bajo la denominación de Estado nacional, esté surgiendo una

nueva forma de organización política más vasta que el Estado. Esta nueva organización está integrada por un conjunto híbrido de flujos, redes y organizaciones donde se combinan e interactúan elementos estatales y no estatales, nacionales, locales y globales, de los cuales el Estado no es articulador. Esta nueva organización política no tiene centro, la coordinación del Estado funciona como imaginación del centro. La regulación social que surge de esta nueva forma política es mucho más fragmentaria y heterogénea, tanto por sus fuentes como por su lógica, y se confunde fácilmente con la desregulación social (2005: 331). El Estado pierde el control de la regulación social, pero no el control de la metarregulación, es decir, que el Estado selecciona, coordina, jerarquiza y regula las concesiones de poder estatal en agentes no estatales subcontratados políticamente. El tiempo-espacio nacional se ve desbordado por las luchas sectoriales en el espacio público no estatal y el régimen político democrático, al quedar confinado al espacio nacional, no puede garantizar el carácter democrático de las relaciones políticas en el espacio público no estatal (2005: 332)⁷⁷.

El objetivo final de la construcción cosmopolita es la creación de un nuevo contrato social distinto al desarrollado durante la modernidad que, en última instancia, neutralice la lógica de la exclusión imperante⁷⁸, sobre todo, en los ámbitos en que ésta resulta más flagrante (2005: 360).

Persiguiendo este objetivo, el autor se centra en dos aspectos. En un primer momento, es necesario y urgente el reconocimiento democrático del trabajo para reconstruir la economía como solidaridad democrática⁷⁹. Este propósito debe desarrollarse por medio del alcance de cuatro condiciones (2005: 360 a 371): 1) el trabajo humano debe aprender a compartir su actividad creadora con el trabajo de la naturaleza y debe redistribuirse globalmente la cantidad de trabajo disponible. Para alcanzar este reparto propone tres iniciativas: 1.1) la reducción de la jornada laboral; 1.2) el establecimiento, a nivel global, de unas pautas mínimas en la relación laboral; 1.3) la flexibilización de las leyes migratorias a nivel internacional para facilitar un reparto más

⁷⁷ El análisis que hace Boaventura de Sousa Santos, sobre la situación actual del Estado nacional, está muy próxima a la desarrollada por Manuel Castells como justificativa de la existencia de un Estado red, véase apartado 1.4. del presente artículo.

⁷⁸ En relación con esta afirmación es necesario hacer dos apreciaciones. Por un lado, la necesidad del desarrollo de un nuevo pacto global, ya ha sido analizada en el presente artículo en la corriente cosmopolita «desde arriba», véase «1.3.Regulación jurídica del Estado cosmopolita: democracia cosmopolita y derecho democrático cosmopolita». Por otro lado, Boaventura de Sousa Santos distingue entre exclusión impuesta por el precontractualismo y exclusión impuesta por el poscontractualismo. El primero, consiste en impedir el acceso a la ciudadanía a grupos sociales que anteriormente fueron considerados candidatos a la misma y que tenían expectativas fundadas en acceder a ella. Por el contrario, el poscontractualismo es el proceso mediante el cual determinados grupos e intereses sociales hasta ahora incluidos en el contrato social quedan excluidos del mismo (2005: 348 y 349).

⁷⁹ La importancia de reconocimiento del trabajo es tratada en Holloway, 2002.

equitativo del trabajo en todo el mundo. 2) El reconocimiento de los distintos tipos de trabajo debe crear un criterio mínimo de inclusión y se debe promover, para ello, la mejora en la formación profesional. 3) La separación entre el trabajo productivo y la economía real, por un lado, y el capitalismo financiero, por otro. 4) La reinención del movimiento sindical.

En un segundo momento, el desarrollo de la propuesta de creación de un nuevo contrato social supone la transformación del Estado nacional en un Estado como novísimo movimiento social. Esta construcción se basa en que el declive del poder regulador del Estado nacional tiene como consecuencia su descentralización, ante lo cual el Estado nacional sólo es, en la actualidad, el articulador de los flujos, organizaciones y redes, nacionales y globales, donde está, no sólo el poder estatal, sino también el poder no estatal. Las características principales del Estado en este nuevo marco son las siguientes: la relación política pasa a ser parcial y fragmentada, la lucha política es ahora menos reglada y codificada, existen apertura de un terreno de lucha entre el fascismo social⁸⁰ y la democratización de las funciones de coordinación. El Estado se transforma en componente del espacio público no estatal y, por eso, Boaventura de Sousa Santos denomina a este nuevo ente Estado como novísimo movimiento social. Éste es un Estado articulador que, por un lado, ha perdido el monopolio de la gobernación pero, por otro, conserva el monopolio de la metagobernación, es decir, de la articulación en el interior de la nueva organización política. En este contexto, el Estado como novísimo movimiento aunará dos procesos necesarios y complementarios: la democratización del Estado por la democratización social y, viceversa, la democratización social, por la del Estado (2005: 370).

⁸⁰ El fascismo social (Santos, 2005: 353 a 358) no es como el fascismo alemán o el italiano, sino que se trata de un fascismo pluralista. Sus principales formas de sociabilidad son éstas: 1) apartheid social: «(...) segregación social de los excluidos dentro de una cartografía urbana dividida en zonas salvajes y zonas civilizadas» (2005: 354); 2) fascismo del Estado paralelo: «(...) aquellas formas de acción estatal que se caracterizan por un distanciamiento del derecho positivo»; 3) fascismo paraestatal: «(...) resultante de la usurpación, por parte de los poderosos actores sociales, de las prerrogativas estatales de coerción y de la regulación social» (2005: 354); 3.1) fascismo territorial: «(...) cuando los actores sociales provistos de gran capital provistos de gran capital patrimonial sustraen al Estado el control del territorio en el que actúan o neutralizan ese control (...). Se trata de territorios coloniales privados (...)» (2005: 355); 4) fascismo populista: crean unos patrones de consumo inalcanzables para la mayoría de la población (Santos, 2005: 355); 5) fascismo de la inseguridad: manipula a los individuos y a los grupos sociales más degradados, bien por precariedad en el trabajo, bien por acontecimientos desestabilizadores (2005: 355); 6) fascismo financiero: ésta es la forma de fascismo social más pluralista, global y secreta (2005: 356 y 357). «Los agentes de este fascismo financiero, en sus varios ámbitos y formas, son unas empresas privadas cuyas acciones vienen legitimadas por las instituciones financieras internacionales y por los Estados hegemónicos. Se configura así un fenómeno híbrido, paraestatal y supraestatal, con un gran potencial destructivo: puede expulsar al estado natural de la exclusión a países enteros» (2005: 358).

Una recomendación para el desarrollo institucional estatal necesario es el denominado Estado experimental. Las grandes mutaciones –impacto cruzado entre espacio-tiempo nacional, global y local; la función de regulación del Estado– y las grandes luchas democráticas de los próximos años se centrarán en los esquemas institucionales alternativos de los cuales surgirá el Estado-articulador aún por inventar (2005: 369). En el proceso de transición paradigmática, las decisiones institucionales irreversibles pueden ser imprudentes. Por tanto, el nuevo Estado democrático, por un lado, debe garantizar su carácter experimental, es decir, que las soluciones institucionales se desarrollen bajo su propia lógica; pero, por otro lado, debe garantizar unas pautas mínimas de seguridad e inclusión que permitan el ejercicio activo de la ciudadanía. Esta situación provocará que la inestabilidad institucional sea un ámbito propicio para la deliberación democrática.

IV. CRÍTICA A LA TEORÍA COSMOPOLITA

1. En este primer punto crítico con la Teoría Cosmopolita, se analizarán brevemente opiniones contrarias a su base de partida, esto es, a la supuesta crisis del Estado nacional. Para ello, se resaltarán a continuación las supuestas fortalezas de los Estados nacionales. Estas capacidades son suficientes, para algunos autores, como negadoras de la crisis del Estado nacional y como símbolo de su efectividad y vigencia en el desarrollo de las funciones que le son propias. Estos autores, por tanto, niegan la necesidad de superar institucionalmente al Estado nacional. En su caso, alguno de estos autores sólo estima necesario que se reformulen aspectos concretos de dicha institución, tal y como ha sucedido a lo largo de su historia cuando acontecieron otros cambios históricos, culturales, sociales, económicos y/o políticos.

Los aspectos destacados como fortalezas del Estado nacional son los que se analizan a continuación. Primero, capacidad de movilización social. El Estado nacional sigue manteniendo la lealtad de sus ciudadanos (Held, 1997: 127). El Estado nacional es entendido, frente otras instituciones, como la mejor respuesta para maximizar los beneficios sociales y como la única posible frente a enemigos exteriores y las injerencias externas (Rodríguez Carrión en Oliet Palá, 2003: 274 y 275). Así, aunque en algunos casos los ciudadanos estén condicionados por organizaciones y procesos que superan al Estado, es de rigor destacar también que, al mismo tiempo, la intervención del Estado nacional se ha extendido a ámbitos en los que hasta ahora no estaba presente (Attinà, 2001: 158)⁸¹.

⁸¹ Yendo más allá de la opinión de Fulvio Attinà (2001: 158), Jean-Marie Guéhenno llega a afirmar que «(...) la omnipresencia del Estado, que en ocasiones más parece ser víctima de su propio éxito que encontrarse próximo a su declive» (Guéhenno, 2000: 41).

En la actualidad, se está produciendo un repunte de los sectores sociales en riesgo por la globalización en torno a la figura del Estado nacional (Tsoulakis, 2004: 79). Los Estados nacionales tienen todavía, por tanto, una fuerte capacidad de movilización social⁸². Esto está relacionado también con la fortaleza territorial del Estado nacional, ya que, generalmente, toda experiencia histórica siempre está ligada a un territorio, incluso en los momentos actuales de globalización donde lo virtual se presenta en todos los ámbitos de la vida del individuo. La experiencia, como desarrollo social concreto, sigue manteniéndose vinculada a la pertenencia a un determinado Estado nacional (Monedero en Santos, 2005: 25).

Segundo, capacidad de movilización empresarial. La mayoría de las empresas transnacionales mantiene fuertes raíces en sus economías y culturas nacionales originarias. Para John Gray no es cierto que el mercado global esté originando corporaciones que asumen las funciones que hasta ahora desempeñaban los Estados soberanos, sino que lo que el mercado global ha hecho es debilitar y vaciar ambas instituciones (2000: 85). «La realidad del mercado mundial de finales del siglo xx es que ni los Estados soberanos ni las empresas multinacionales pueden controlarlo» (2000: 94).

La fortaleza del Estado nacional frente a las empresas transnacionales se observa cuando las empresas transnacionales dedican unos recursos considerables a influir en las políticas de los gobiernos. En la mayor parte del mundo, las instituciones estatales siguen siendo un campo de importancia estratégica fundamental, en el que se libra la competición entre empresas (Gray, 2000: 94). La globalización económica neoliberal no trata de hacer desaparecer al Estado nacional, sino de adaptar su funcionalidad a las exigencias de la lógica del capital mundial y de los mercados globales. Según M.^a José Fariñas, las élites empresariales locales y/o globales quieren hacerse, en definitiva, con el control político del Estado nacional (2005: 184). Por tanto, «la pretendida supeditación de la política a la economía no es más que una fábula; ya que, tras la expansión económica global, lo que existe realmente es el intento de consolidar el proyecto de un nuevo “imperio” político y empresarial, basado en el neoconservadurismo ético-religioso, político y militar de la clase económica global dominante» (2005: 183). Este interés de las empresas transnacionales por el poder del Estado

⁸² Los Estados nacionales siguen concentrando la lealtad de sus ciudadanos. Esta opinión es compartida por Attinà, 2001: 184; Held, 1997: 127; Touraine, 2005: 46. Esta circunstancia tiene como consecuencia que los ciudadanos de un determinado Estado nacional favorecen a otros ciudadanos que ellos consideren como conciudadanos. El concepto de nacionalidad es entendido, en este caso, como una versión ampliada de una familia (Singer, 2003: 180 y 181, siguiendo la interpretación de Michael Walzer). Samuel P. Huntington afirma que el concepto de ciudadanía y movilización social estará cada vez más configurado por factores culturales y civilizatorios, aunque serán los Estados nacionales los que mantengan la posición de mayor importancia en los asuntos mundiales (1997: 39).

nacional se debe a que éste es un elemento de gran peso para el éxito o el fracaso de las empresas que buscan desarrollar su actividad a nivel internacional. Hasta tal punto esta circunstancia es real, que estamos asistiendo en muchos Estados nacionales a un proceso de «re-nacionalización» de empresas privatizadas que, habiendo fracasado en el libre mercado, buscan ahora el proteccionismo estatal (2005: 128). Ganancias y beneficios para los agentes privados y, en cambio, pérdidas sufragadas con los impuestos de todos los ciudadanos⁸³.

Tercero, monopolio del ejercicio de la fuerza. Sobre todo desde los autores próximos a la ideología socialista, se destaca que, aunque los Estados nacionales hayan perdido competencias en economía y en aspectos sociales, las de naturaleza represiva, punitiva, policial y carcelaria, en cambio, se fortalecen⁸⁴. Para M.^a José Fariñas, se produce una doble cara en la actuación actual de los Estados nacionales democráticos. Por un lado, en el sector formal, el Estado sigue desarrollando sus competencias en relación con los derechos políticos, derechos de libertad, subsidios directos o medidas fiscales regresivas. Por otro lado, en el sector informal o de marginalidad social, el Estado nacional se debilita considerablemente: recorte general en los gastos sociales y asistenciales, regresión cultural, etc., y se refuerza, por el contrario, su función represiva, policial y totalizadora. Como consecuencia de esto, dicha institución nos conduce hacia una dualidad y polarización social de enfrentamiento y desconfianza, entre los sectores sociales integrados y los sectores marginados de efectos hoy imprevisibles (2005: 124).

2. A continuación, se analizará la postura crítica de aquellos autores que aun reconociendo como real la situación de crisis de los Estados nacionales actuales, no consideran que la propuesta cosmopolita sea realizable en la práctica. En esta línea, se encuentra Ralf Dahrendorf. Este autor no está de acuerdo con la alternativa al Estado nacional propuesta por la corriente cosmopolita ya que lo considera un planteamiento utópico. Esta negación de la posibilidad del desarrollo de un futuro Estado mundial se fundamenta en los

⁸³ Esta circunstancia está de plena actualidad. Debido a la crisis financiera que se está sufriendo a nivel mundial, los gobiernos de todo el mundo se han decidido a intervenir visiblemente en sus economías. Ténganse como ejemplos la aprobación en Estados Unidos del plan de rescate económico, la Ley de Estabilización Económica de Emergencia, la primera semana de octubre de 2008; los bancos europeos también están recibiendo ayudas de sus respectivos gobiernos nacionales, por ejemplo, la última semana de septiembre Bélgica, Holanda y Luxemburgo tomaron el control de Fortis; la reunión del G7 el segundo fin de semana de octubre de 2008, cuyo principal objetivo es afrontar la crisis del sistema financiero global, buscar una respuesta consensuada entre los Estados nacionales económicamente más importantes del mundo.

⁸⁴ Chomsky en Monereo, Riera y Valenzuela, 2002: 58 y 59; Fariñas, 2005: 122, 123; Santos, 2005: 202; Taibo, 2007: 25.

comportamientos actuales de los Estados nacionales y en su total desacuerdo con la cesión de parte de su soberanía. Este autor aboga por una propuesta a su juicio más factible que la anterior; aboga por un imperio mundial de la ley como una forma de poner freno al poder en vez de intentar eliminarlo (2005, 147 a 150). La propuesta cosmopolita es demasiado abstracta y alejada de la realidad como para acabar con los efectos negativos que, incluso, este autor respalda como propios de la globalización. En este sentido, el citado autor ve más probable que sean los propios Estados nacionales los que doten de mayor poder sancionador a las organizaciones internacionales existentes, pero manteniendo ellos su poder hegemónico y su soberanía nacional intactos.

Algunos de los autores cosmopolitas analizados son conscientes, tanto de este escepticismo provocado por su propuesta, como de las dificultades que realmente entraña llevarla a la práctica, coincidentes con lo apuntado por Ralf Dahrendorf. Tal es el caso de David Held, quien reconoce las dificultades existentes en el ámbito internacional para el desarrollo de la propuesta cosmopolita (1997: 335 a 337 y 2005: 130 a 132). Estas dificultades se deben, sobre todo, a la diversidad de organismos y organizaciones internacionales existentes, con competencias solapadas que, en algunos casos, llegan a adoptar políticas contradictorias. El segundo obstáculo destacable es la falta de responsabilidad política de los Estados nacionales en la gestión de la solución de los problemas globales, así como su negativa a ceder parte de su soberanía a las organizaciones internacionales. Una vez reconocidas estas dificultades, se apela a la madurez de la sociedad civil y a los saltos que se han producido en la historia de forma inesperada, por ejemplo, la caída del muro del Berlín. Un tercer obstáculo, relacionado con el anterior, es la factibilidad política. Esto último es necesario separarlo de la ambición política, es decir, el desarrollo de las diversas políticas nacionales y de la política internacional hacia la alternativa cosmopolita dependerá de la actitud y valentía política de las personas que aglutinen los centros de decisión política. También Ulrich Beck reconoce una dificultad inherente a su propuesta. Así, la Teoría Cosmopolita tiene la dificultad de establecer un conjunto de pesos y contrapesos que controle, desde el exterior, al Estado cosmopolita (2004, 382).

Aunque la postura contraria al cosmopolitismo de Danilo Zolo será analizada, con mayor detenimiento, a continuación, cabe apuntar ahora que, en relación con las premisas necesarias para el desarrollo práctico del cosmopolitismo «desde abajo», dicho autor no considera que la instauración del Estado cosmopolita sea posible porque, en la actualidad, no se dan los factores clave necesarios, tales como a) un proceso recíproco de deslegitimación profunda de los Estados nacionales y de legitimación de la actual organización internacional; b) una desaparición de las desigualdades sociales y económicas a nivel mundial; y c) una homogeneización cultural del planeta. El proceso de globalización no debe hacernos creer que las distintas socie-

dades nacionales han perdido su fuerza aglutinadora (2000). En esta línea, se podría situar también la aportación de Fernando Vallespín quien, en un artículo titulado «El final de una ilusión», asume la necesidad de un cambio en las instituciones políticas nacionales actuales, pero no considera que la propuesta cosmopolita sea, finalmente, llevada a la práctica en la actualidad. Este autor entiende que la situación de crisis e inestabilidad mundial está teniendo, o tendrá en un futuro próximo, como consecuencia, una vuelta al Estado nacional, es decir, un reforzamiento social, económico, político y jurídico de dicha institución (2008). Esta afirmación puede verse, en la actualidad, debido a la crisis financiera global y el incremento de peso de los Estados nacionales como entes capaces de controlarla, tal y como se ha apuntado en líneas precedentes.

3. En este momento de crítica a la Teoría Cosmopolita puede resultar interesante destacar a Danilo Zolo ya que se define a sí mismo como «realista y anticospolitista» (2000: 164)⁸⁵. Este autor no sólo critica la Teoría que nos ocupa en el presente artículo, sino que también desarrolla una propuesta alternativa a ésta⁸⁶. Esta propuesta alternativa es presentada como una estrategia política y económica que superará tanto los aspectos anárquicos del modelo de organización internacional instaurado por el tratado de Westfalia, como del modelo centralista propuesto por el cosmopolitismo jurídico⁸⁷.

El citado autor parte de la base de que el orden internacional actual debe ser superado, pero no por medio de una autoridad cosmopolita invasiva, intervencionista y centralista, sino por la vía de organizaciones internacionales descentralizadas y subsidiarias, que coordinen una organización regional sólida, con fuerte arraigo local. Para avanzar en esta dirección, por ejemplo, las organizaciones internacionales existentes –Organización de las Naciones Unidas, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, entre otras– de-

⁸⁵ La Teoría Cosmopolita choca, por definición, con la escuela realista. Esta circunstancia se debe a que estos últimos son defensores de la fortaleza de la institución del Estado nacional. Niegan, por tanto, la Teoría Cosmopolita desde sus presupuestos iniciales, es decir, la supuesta crisis del Estado nacional y su pérdida de poder debido a los procesos de la globalización actuales.

⁸⁶ Su crítica contra la Teoría Cosmopolita de superación del Estado nacional y de la regulación internacional existente la desarrollaremos a la par de la exposición de su propuesta anticospolitista, denominada por el propio autor como «pacifismo débil». La crítica a la postura cosmopolita, así como el desarrollo de su propuesta, se desarrollan sobre todo en Zolo, 2000: capítulo 4, «La *civitas maxima* y el derecho cosmopolita», 137 a 176; capítulo 5, «Hacia un “pacifismo débil”»; «Conclusión», 177 a 228, respectivamente. En una obra posterior, el citado autor no sólo se centra en criticar la Teoría Cosmopolita, sino que también se refiere a otros movimientos y sus opiniones ante la globalización actual (2006, 85 a 104).

⁸⁷ Este concepto ya ha sido definido en el presente artículo, véase «2. Corrientes ideológicas dentro del cosmopolitismo», nota a pie de página 15.

berían reducir su ámbito funcional. En el desarrollo de estas ideas Danilo Zolo, se nutre de conceptos tales como el «orden político mínimo» de Hedley Bull, la «gobernación sin gobierno» de James Rousenau o el «orden anárquico» de Kenneth Waltz (2000: 207, 151 y 150, respectivamente). Conceptos todos ellos referidos a la necesidad de mantener la anarquía existente en el plano internacional y usarla en su beneficio, para crear unas estructuras normativas difusas y policéntricas que impidan la permanencia y el control del orden internacional por parte de potencias hegemónicas.

El primer punto criticado por Danilo Zolo es el enfoque metodológico de la Teoría Cosmopolita. Para el citado autor, el enfoque metodológico de la Teoría Cosmopolita es desacertado, ya que para superar la situación actual existente dentro del derecho constitucional y del derecho internacional emplean la analogía del sistema jurídico de los Estados nacionales. Como consecuencia de esta base conceptual, dicha corriente vincula, desde el inicio, su desarrollo teórico a unos conceptos y a unos métodos comprensivos de la realidad no válidos para su implantación en el ámbito internacional.

Otra base fundamental del desarrollo de la propuesta cosmopolita es la elaboración de un derecho democrático universal aplicable a nivel mundial. Esta pretensión despierta la crítica de las culturas no occidentales, ya que éstas entienden que dicha construcción supone una nueva forma de imperialismo y que choca con algunas de sus concepciones jurídicas fundamentales. Sirva como botón de muestra que la importancia del individualismo en el mundo occidental es comparable a la importancia de la comunidad en los países islámicos. Juan Carlos Monedero también considera que Ulrich Beck y Boaventura de Sousa Santos –ya que su análisis se centra sólo en estos dos autores– comenten el mismo fallo en el desarrollo de su propuesta. La falta de contacto con el Sur, bibliográfica y vital, de su propuesta se traduce en interpretaciones etnocéntricas, pese a que postulen nominalmente el peligro del etnocentrismo. Ulrich Beck identifica correctamente las «otredades» a menudo ignoradas por Occidente, pero, finalmente, la lectura es la propia de un país central. Es esto lo que imposibilita a este último autor entender qué significa, a fin de cuentas, la globalización desde la perspectiva diferente del globalizador o del globalizado (en Santos, 2005: 42).

Esta cuestión es negada por los autores cosmopolitas en el siguiente sentido. David Held afirma que los orígenes occidentales de los principios cosmopolitas no deben confundirse con su validez (2005: 200). Esta crítica, del imperialismo occidental, surge contra distintos aspectos de la propuesta cosmopolita, por ejemplo, contra la instauración de una ciudadanía cosmopolita. Extremo que también es negado tanto por Anthony Giddens (2000: 29) como por Martha C. Nussbaum (1999: 24). Esta última afirma que la ciudadanía cosmopolita será un paso hacia una mayor conciencia y solidaridad con el resto del mundo.

En definitiva, Danilo Zolo trata de demostrar que llevar a la práctica la Teoría Cosmopolita es imposible, debido a su marcado carácter occidental y

paternalista. Además, en última instancia, la hipotética creación de un poder cosmopolita a nivel mundial no pondría fin a las consecuencias negativas del proceso de globalización. La propuesta cosmopolita infravalora el rol positivo de los Estados nacionales, que parecen destinados, no sólo a perdurar en el tiempo, sino también a conservar sus funciones tradicionales⁸⁸.

Frente a la autoridad centralizada del poder, Danilo Zolo propone el desarrollo de un orden internacional con estructuras de poder y formas de liderazgo policéntricas. Esta propuesta tendría como ventajas más importantes las siguientes: primero, un mayor reparto del poder, así como una mayor posibilidad de controlarlo y, segundo, daría también respuesta a las reivindicaciones de representación en el plano internacional de los distintos Estados nacionales, además de mantener su diversidad étnico-cultural. En relación con la primera de estas ventajas, el autor es concluyente al afirmar que la falta de pesos y contrapesos en el Estado cosmopolita puede convertirlo en «(...) un Leviatán planetario violentamente represivo y antidemocrático» (2000: 190).

Atendiendo a la representación internacional de los Estados nacionales, la propuesta de Danilo Zolo no aparta a estas instituciones de la actividad política, ya que sobre éstos recaería, en el futuro, el mayor peso para el desarrollo del derecho internacional, pero sobre la base de una distribución policéntrica del poder. De este modo, se daría cabida, en el proceso de organización del Derecho internacional, a nuevos actores internacionales. En este sentido, se podría entender que la propuesta de Danilo Zolo resulta, en parte, coincidente con la Teoría Cosmopolita, ya que ambos otorgan un peso específico a los Estados nacionales en el desarrollo del Derecho internacional, aunque en ambos casos dichas instituciones pierdan su papel hegemónico en dicho ámbito.

4. Tal y como ya se ha apuntado en el punto anterior, la propuesta cosmopolita choca frontalmente con los nacionalismos y los regionalismos excluyentes. Esto es, nacionalismos y regionalismos étnicos, culturales o religiosos que nieguen los derechos fundamentales de las personas sin ningún tipo de distinción se oponen, por definición, al cosmopolitismo. En este último grupo, por ejemplo, se encuentra el fundamentalismo islámico que ve el cosmopolitismo como una nueva forma de dominación occidental postcolonial.

5. Otra parte de la doctrina opuesta al cosmopolitismo se encuentra formada por aquellos autores que lo consideran como corriente política que infravalora el papel humanizador que las políticas de identidad tienen para

⁸⁸ Sin ánimo de entrar en contradicción con Danilo Zolo, no tiene presente en este momento de su crítica dos aspectos clave de la construcción cosmopolita. Uno, la necesidad del mantenimiento de los Estados nacionales como instituciones base del Estado cosmopolita. Dos, el carácter subsidiario del Estado cosmopolita frente a la capacidad de acción de los Estados nacionales.

las personas (Barber en Nussbaum, 1999: 43 a 50). En la misma dirección que esta última crítica al cosmopolitismo puede incluirse el patriotismo. El patriota es entendido como un individuo que se encuentra apegado exclusivamente a un Estado nacional determinado y, por tanto, no comparte el sentimiento inclusivo y universal⁸⁹ que propugna el cosmopolitismo (Bildeny, 2007).

6. Otro punto destacable en la crítica a la Teoría Cosmopolita es aquel que analiza la parte de la doctrina científica que se opone al cosmopolitismo por cuestiones puramente económicas. Según la corriente cosmopolita, como ya se ha apuntado a lo largo del presente artículo, el libre mercado global es un proceso que se ha de superar, ya que siguiendo sus dictados sólo se llegará a luchas y confrontaciones. Por esto, es necesario que los Estados nacionales concentren sus esfuerzos en regular y superar esta fase económica. En este orden de cosas, John Gray (2000) considera que la sustitución de la economía global desregulada por un régimen gestionado de la economía mundial es, en el momento actual, un proyecto casi utópico. Semejante régimen sólo podría establecerse si las grandes potencias económicas del mundo actuaran de común acuerdo en aras de conseguir dicho objetivo. Sin embargo, los conflictos de intereses hacen que la cooperación con cualquier otro propósito más ambicioso que el de la mera gestión de crisis puntuales del sistema global sea casi imposible de lograr (2000: 254 y 255). Este autor considera que debe modificarse la concepción de la economía global, ya que el mercado debe servir al individuo y no a la inversa (2000: 294); para ello, estima como necesario el desarrollo de un régimen de gobernación global en el que los mercados mundiales se gestionen de forma tal, que promuevan la cohesión de las sociedades y la integridad de los Estados nacionales. «Sólo un marco de regulación global –de divisas, de movimientos de capital, de comercio y de conservación medioambiental– puede hacer que la creatividad de la economía mundial se ponga al servicio de las necesidades humanas» (2000: 254). Para lograr esta afirmación, John Gray considera que, por ejemplo, por medio de un impuesto global sobre la especulación de divisas, como el que propuso el economista James Tobin, puede elaborarse un tipo de regulación que haría más estables y productivos los mercados mundiales (2000: 254). Por tanto, este autor, aunque no considera viable la propuesta cosmopolita, sí que apoya el desarrollo de una propuesta institucional puntual, en la que también coinciden los autores cosmopolitas⁹⁰.

⁸⁹ En el presente artículo sería quizás más correcto hablar de construcción política y/o jurídica inclusiva y de carácter universal que de una cuestión puramente sentimental, pero la idea, en definitiva, es análoga. Para una introducción a los puntos de conflicto existentes entre el patriotismo y el cosmopolitismo, véase Nussbaum en Nussbaum, 1999: «Patriotismo y cosmopolitismo», 13 a 32.

⁹⁰ Véase el apartado 1.5 relativo a la propuesta cosmopolita «desde arriba» relativa a las propuestas institucionales concretas de desarrollo.

7. Otro punto objeto de debate en la doctrina científica es el carácter realmente democratizador, o no, de la Teoría Cosmopolita. La (auto)instauración⁹¹ de una sociedad civil mundial hace relucir unos de los grandes problemas de fondo de esta teoría que podría sintetizarse en la siguiente cuestión: ¿cómo puede llevarse a cabo, en un contexto de democracia global, una participación democrática efectiva?

Esta pregunta ha intentado ser contestada por los autores cosmopolitas en sus distintas propuestas⁹², pero incluso así tiene algunos detractores. En este sentido, tómesese como ejemplo la siguiente reflexión de Giovanni Sartori. Este autor, además de criticar la participación democrática en masa como forma realmente efectiva de participación en la actividad política por parte de los ciudadanos, presenta una propuesta alternativa para superar la participación democrática simbólica y no auténtica que se produce en la actualidad. Este avance, en aras de democratizar la participación política, podría lograrse, según el citado autor, por medio de la instauración de unos comités. Estos comités son definidos como pequeños grupos de gestión y discusión política, mediante los cuales se crean ocasiones concretas para una participación efectiva y eficaz (1999: 343).

Las mayores ventajas de los citados comités son, a juicio de Giovanni Sartori, las que siguen. Primero, gracias a la instauración de comités, se saca provecho de la desigualdad de las preferencias individuales, puesto que es precisamente esta desigualdad la que permite un acuerdo transaccional, cuestión por cuestión, que se paga mediante compensaciones diferidas. Segundo, produce la conclusión de acuerdos de suma positiva, es decir, acuerdos en los que todas las partes ganan, bien en el mismo momento temporal o por medio de compensaciones diferidas. Tercero, en el seno de los comités, se producen decisiones discutidas y argumentadas, disminuyendo en gran medida la fuerza de la voluntad preconstituida.

Las ventajas comentadas se incrementan si estos comités son representativos. En este caso, a las ventajas anteriores se les suman las que siguen. Primero, una fuerte reducción de los riesgos externos en la toma de las decisiones, ya que éstas se sustraen al arbitrio de sólo uno y se piden a grupos que han de darles respuesta. Segundo, los costes y los beneficios de las deci-

⁹¹ El uso del término «(auto)instauración» quiere remarcar la diferencia entre las dos corrientes de pensamiento cosmopolita recogidas en el presente artículo. Así, si nos encontramos en el seno del cosmopolitismo «desde arriba» se deberá emplear el término «instauración» porque la dirección en que se creará la sociedad civil cosmopolita será desde el Estado cosmopolita a la sociedad civil. Sin embargo, si nos encontramos en el marco del cosmopolitismo «desde abajo» sería conveniente emplear el concepto «autoinstauración» porque la propia sociedad civil será la encargada de globalizarse y de instaurar en un momento posterior el Estado cosmopolita.

⁹² Véase, sobre todo, el caso de Richard Falk y su propuesta de democracia normativa, apartado 2.1 del presente artículo.

siones tomadas se distribuyen sobre toda la colectividad representada. Tercero, se produce también una fortísima reducción de los costes decisionales, puesto que los mecanismos representativos permiten reducir drásticamente las dimensiones de todo comité (salvando su representatividad) (1999: 345 y 346).

Sin embargo, en el momento de juzgar su propuesta, Giovanni Sartori es también autocrítico con ella y reconoce que la proliferación de un sistema de comités representativos constituye una respuesta adecuada a los problemas de la denominada democracia participativa, en la medida en que su proliferación y/o pluralización no alcance el umbral de la tolerancia funcional, «más allá del cual lo que se gana en el nivel de la “participación descentralizada” se pierde, y se pierde desmesuradamente, en el nivel de la solución, de la eficiencia, e incluso de la eficacia» (1999: 346).

V. CONCLUSIONES

1. La aparición del concepto cosmopolitismo no es una novedad en el ámbito de las ciencias sociales, pero sí la importancia que ha adquirido en la actualidad. Esto se debe a su inclusión en el debate científico, en torno a la supuesta crisis de los Estados nacionales, como propuesta alternativa a dichas instituciones. Como principal causa de esta supuesta crisis hemos señalado la globalización económica, que, junto con el desarrollo de los medios de comunicación y los avances técnicos, ha desencadenado el resto de procesos globalizadores.

Esta era de la globalización ha impulsado la necesidad de revisar los conceptos tradicionales de las ciencias sociales, conceptos de tanto calado como Estado nacional, democracia, soberanía, poder, sociedad, cultura, etc. La Teoría Cosmopolita, en todo momento, ha analizado esta nueva situación global desde la necesidad de reducir, en la medida de lo posible, los efectos negativos de la globalización en las distintas sociedades nacionales. Con esta prioridad, el cosmopolitismo intenta avanzar hacia una globalización más humanizada, en la que el peso de los beneficios económicos ceda a favor del bienestar social, el desarrollo económico sostenible, el respeto de la diversidad cultural y la garantía de los derechos humanos. Estos autores aceptan la globalización, en sentido genérico, es decir, la interconexión a nivel global, el desarrollo de la aldea global, pero proponen «otra» globalización diferente a la actual globalización neoliberal hegemónica.

2. En este contexto, la propuesta cosmopolita «desde arriba» se centra en el desarrollo de un Estado cosmopolita democrático. Esta nueva institución no sustituye a los Estados nacionales, sino que se define como una agrupación voluntaria de todos aquellos Estados democráticos que intentará instaurar en todo el mundo un gobierno mundial, capaz de hacer frente a los problemas globales actuales. Para ello, es necesario que se superen los ele-

mentos tradicionales del Estado nacional, es decir, a) en primer lugar, se deben superar las limitaciones de las fronteras nacionales, ya que éstas han sido superadas por el proceso globalizador y, en la actualidad, obstaculizan el desarrollo del Estado cosmopolita; b) en segundo lugar, se debe promover la participación de la sociedad en el proceso de decisión política; esta sociedad debe abandonar sus ataduras nacionales y desarrollarse sobre una base global; c) en tercer lugar, el poder y la soberanía deben superar su contexto nacional y transformarse en una soberanía incluyente y compartida, en el seno del Estado cosmopolita. Así, según la Teoría Cosmopolita, si se cumple esta renovación, conceptual e institucional, el Estado cosmopolita podrá resolver de forma eficaz los problemas globales.

El Estado cosmopolita deberá desarrollarse sobre la base de un derecho democrático cosmopolita. Este derecho supondrá una superación de los distintos derechos nacionales y se desarrollará en un plano diferente tanto al nacional como al internacional: se elaborará en el plano transnacional. Por tanto, el derecho internacional seguirá elaborándose por medio de la cooperación internacional entre los Estados nacionales, mientras que el derecho cosmopolita supondrá un proceso de cesión de soberanía por parte de los Estados nacionales que, voluntariamente, se integren en el Estado cosmopolita. El derecho cosmopolita será elaborado directamente por el Estado cosmopolita.

3. La corriente cosmopolita «desde abajo» mantiene los principios y conceptos fundamentales del cosmopolitismo «desde arriba», pero da una mayor importancia a la necesidad de una movilización social que se constituya como fuerza impulsora del cambio institucional necesario. La necesidad de un desarrollo institucional alternativo, superador del Estado nacional, que se mantiene desde toda la corriente cosmopolita, hace que desde esta segunda corriente también se propongan reformas institucionales, tal es el caso de Boaventura de Sousa Santos. Este autor no sólo destaca y analiza el papel de fuerza impulsora de la sociedad civil global como ente revolucionario, sino que también propone un determinado desarrollo institucional: el Estado como novísimo movimiento social.

Esta última circunstancia muestra que la línea de separación entre ambas corrientes cosmopolitas es, más bien, estrecha, y que las grandes diferencias conceptuales, es decir, las diferencias en el empleo o en la defensa de distintos términos entre los autores cosmopolitas se diluyen en el momento de la institucionalización de un ente político y jurídico superior a los Estados nacionales democráticos, superador de las consecuencias negativas de la globalización neoliberal imperante y respetuoso con las diferencias existentes a nivel social y cultural entre los Estados nacionales. En este sentido, es necesario un desarrollo interconectado entre el cosmopolitismo «desde arriba» y «desde abajo», porque, para que un cambio político sea posible, es necesario que la sociedad que va a vivirlo y que va a formar parte de dicha reforma esté preparada y decidida a colaborar, en la dirección política, social y jurí-

dica adecuada, para que dicho cambio tenga una base de legitimidad democrática suficiente.

4. Las críticas en torno a la propuesta cosmopolita, entendida ésta en sentido amplio, le llegan desde muy diversos sectores de la doctrina científica aunque, en líneas generales, los puntos más conflictivos o más criticados de la teoría aquí analizada serían los dos que siguen. Primero, la negación de la crisis del Estado nacional, esto es, afirmar que dicha institución no se encuentra en el punto en que lo sitúan los cosmopolitas. Negar la mayor, es decir, el fin del Estado nacional, no significa que no exista un debate en torno a la necesidad de reformular o reacomodar dicha institución a la era global.

Segundo, la imposibilidad de institucionalizar un gobierno mundial en el futuro próximo, esto es, el carácter utópico de la propuesta cosmopolita. Una vez admitida la necesidad de reinventar el Estado nacional y avanzar en la investigación de distintas vías de desarrollo que ayuden a su reinstauración de forma eficaz en el plano nacional, internacional y transnacional, el establecimiento y el desarrollo de un gobierno mundial se aleja del terreno de la factibilidad técnica y entra en el campo de la utopía, sobre todo, si se tiene en cuenta el escenario mundial actual: crisis financiera global, incremento del papel de los Estados nacionales ante ella, desigualdades de poder y de desarrollo entre Estados nacionales, así como desigualdades sociales, dificultad del avance en la construcción política en la Unión Europea, falta de democratización en algunos Estados de la comunidad internacional. Este mapa global actual, complejo, diverso, entrelazado, desestructurado, heterogéneo, impide que los elementos necesarios para el desarrollo de un Estado a nivel mundial se consoliden y sean demandados como necesarios por una emergente sociedad civil global.

5. El debate en torno a la situación actual del Estado nacional no sólo se reduce a la Teoría Cosmopolita, sino que gran parte de la doctrina científica –en el campo de la Ciencia Política, de la Sociología, de la Historia, de la Economía y del Derecho– se ha dedicado a estudiar la materia. Por tanto, el artículo aquí presentado es una pequeña reflexión sobre una de las posibles vías de salida del debate, pero éste sigue abierto y es necesario seguir discutiendo sobre él. Para ello, este artículo no se va a cerrar con una conclusión final al uso, sino que se propondrá una serie de obras científicas para poder continuar con la reflexión aquí comenzada⁹³.

En relación con el desarrollo institucional europeo, podría ser interesante estudiar el análisis cosmopolita sobre esta cuestión. Para ello, véase *La Europa Cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad* (Beck y Grande, 2006) así como todo lo relativo a la Gobernanza Europea.

⁹³ La reseña bibliográfica completa de estas obras se encuentra en un apartado aparte, al final de la bibliografía utilizada para la elaboración del presente artículo.

En torno al desarrollo institucional a nivel global, podría resultar interesante la comparativa entre dos libros que a priori podrían resultar contradictorio, ambos han sido escritos por Francis Fukuyama. Uno es *El fin de la historia y el último hombre* (1992) y el segundo es *La construcción del estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI* (2004).

Referente a la creación de redes en varias de las esferas propias del Estado nacional, por ejemplo, sociedad red o Estado red, podría continuarse el análisis de estos nuevos conceptos con la lectura de *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución* (Bustos Gisbert, 2005).

Con estas referencias, se trata de demostrar al lector que este debate es de plena actualidad y que se pueden encontrar multitud de vías abiertas en torno a él, para seguir desarrollando futuras investigaciones sobre la supuesta crisis del Estado nacional, sus supuestas fortalezas y las posibles vías de superación de los efectos negativos de la globalización actual y las posibles nuevas formas de cooperación política para resolver los problemas globales.

Bibliografía general del artículo

- ALFIER, C., «Entrevista con Ulrich Beck», *Revista de Occidente*, n.º 296, 2006, pp. 109-118.
- APPADURAI, A., *La modernidad desbordada. Dimensiones culturales de la globalización*, Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Argentina, 2001. ISBN: 950-557-406-1.
- ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001. ISBN: 84-493-1052-0.
- BAUMAN, Z., *En busca de lo político*, Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, S. A., Argentina, 2001a. ISBN: 950-557-363-4.
- *La posmodernidad y sus descontentos*, Ed. Akal, S. A., Madrid, 2001b. ISBN: 84-460-1285-5.
- BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998. ISBN: 84-493-0528-4.
- *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, Ed. Paidós, Barcelona, 2002a. ISBN: 84-493-1204-3.
- *La sociedad de riesgo global*, Ed. Siglo Veintiuno de España, Madrid, 2002b. ISBN: 84-323-1083-2.
- *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*, Ed. Paidós, Barcelona, 2004. ISBN: 84-493-1617-0.
- *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Ed. Paidós, Barcelona, 2005. ISBN: 84-493-1762-2.
- BERGER, P. L.; HUNTINGTON, S. P., *Globalizaciones múltiples: la diversidad cultural en el mundo contemporáneo*, Ed. Paidós, Barcelona, 2002. ISBN: 84-4931-322-8.

- BHAGWATI, J., *En defensa de la globalización. El rostro humano en el mundo global*, Ed. Debate, Barcelona, 2005. ISBN: 84-8306-621-1.
- BILBENY, N., *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*, Ed. Kairós S. A., Barcelona, 2007. ISBN: 978-84-7245-656-3.
- BOYS, G., *Una nueva servidumbre. Ensayo sobre la mundialización*, Ed. Universidad de Granada y Campus Universitario de Cartuja, Granada, 2004. ISBN: 84-338-3131-3. ISBN: 84-370-5948-8.
- CAICEDO, A.; DOMINGO, R.; SANTIVÁNEZ, M. (coordinadores), *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006. ISBN: 84-8355-101-2.
- CASADEI, R., *Los mitos de la nueva izquierda. Las profecías incumplidas de la globalización*, Ed. Encuentro, Madrid, 2005. ISBN: 84-7490-609-1.
- CASTELLS, M., *La era de la información. Vol.1. La sociedad red*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2003 (3.ª edición). ISBN: 84-206-7700-0 (Tomo I).
– *La era de la información. Vol.2. El poder de la identidad*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2003 (3.ª edición). ISBN: 84-206-4740-3 (Tomo II).
- CASTELLS, M.; GIDDENS, A.; TOURAINE, A., *Teorías para una nueva sociedad*, Ed. Fundación Marcelino Botín, Madrid, 2001. Depósito Legal: M-3343-2002.
- CONDERA CAMPOS, R.; RUESGA BENITO, S. M. (coordinadores), *El Estado ante la globalización. Políticas macroeconómicas. Migraciones y empleo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007. ISBN: 978-84-9768-413-2.
- DAHRENDORF, R., *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Ed. Crítica, Barcelona, 2002. ISBN: 84-8432-343-9.
– *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2005. ISBN: 84-493-1739-8.
- DELANTY, G., *Citizenship in a Global Age: society, culture, politics*, Ed. Open, U.P., Buckingham, 2000. ISBN: 0-335-20489-9.
- DEL ÁGUILA, R. (editor), *Manual de Ciencia Política*, Ed. Trotta, Madrid, 2003. ISBN: 84-8164-189-8.
- FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, Ed. Siglo XXI de España, Madrid, 2002. ISBN: 84-323-1076-X.
- FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, Ed. Trotta, S. A., Madrid, 2001. ISBN: 84-8164-464-1.
- FARIÑAS DULCE, M.^a J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005. ISBN: 84-9742-444-1.
- FEATHERSTONE, M.; LASH, S.; ROBERTSON, R., *Global Modernities*, Ed. SAGE Publications Ltd, London, 1995. ISBN: 0-8039-7948-7 (pbk).
- GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Ed. Santillana, Madrid, 2000. ISBN: 84-306-0385-9.
- GRAY, J., *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2000. ISBN: 84-93-07740.

- GUÉHEMO, J. M., *El porvenir de la libertad. La democracia en la época de la globalización*, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2000. ISBN: 84-493-0969-7.
- HELD, D., *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997. ISBN: 84-493-0436-9
- *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington*, Ed. Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2005. ISBN: 84-306-0574-6.
- HOLLOWAY, J., *Cambiar el mundo sin tomar el poder. El significado de la revolución hoy*, Ed. Revista Herramienta, Argentina, 2002 (2.ª edición). ISBN: 987-9306-10-4.
- HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001. ISBN: 84-493-1753-3.
- KANT, I., *Sobre lo bello y lo sublime. La paz perpetua*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1979 (6ª edición). ISBN: 84-239-0612-4. Traducción de F. Riera Pastor.
- KELSEN, H. *Compendio de Teoría General del Estado*. Ed. Bosch / Casa Editorial, Barcelona, 1934. Traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate.
- *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Ed. UNAM, Lima, 2001 (3.ª edición). Depósito Legal: 1501012001-3387. Traducción de Emilio O. Rabasa.
- *La paz por medio del derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2003. ISBN: 84-816-4572-9. Traducción de Luis Echávarri.
- MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (editores), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002*, España, 2002. ISBN: 84-95776-39-1.
- NUSSBAUM, M., *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999. ISBN: 84-493-0675-2.
- OLIET PALÁ, A. (coordinador), *Globalización, Estado y democracia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2003. ISBN: 84-9747-000-1.
- OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Ed. Reus, Madrid, 2003. ISBN: 84-290-1400-4.
- RIFKIN, J., *La era del acceso: la revolución de la nueva economía*, Ed. Paidós, Barcelona, 2000. ISBN: 84-493-0941-7.
- *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2004. ISBN: 84-493-1615-4.
- SANTOS, B. de S., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Ed. Trotta, Madrid, 2005. ISBN: 84-8164-750-0.
- SANTOS, B. de S.; GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo I*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2001. ISBN: 958-665-035-9 (Obra completa); ISBN: 958-665-036-7 (Tomo I).

- SANTOS, B. de S.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (editores), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2007. ISBN: 978-84-7658-834-5.
- SARTORI, G., *Elementos de Teoría Política*, Ed. Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1999, Segunda edición. ISBN: 84-206-7955-0.
- SINGER, P., *Un solo mundo: la ética de la globalización*, Ed. Paidós, Barcelona, 2000. ISBN: 84-493-1490-9.
- TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?*, Ed. Carata, Madrid, 2007. ISBN: 978-84-8319-306-8.
- TOURAINÉ, A., *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Ed. Paidós, Barcelona, 2005. ISBN: 84-493-1819-X.
- TSOUKALIS, L., *¿Qué Europa queremos?: Los retos políticos y económicos de la nueva Unión Europea*, Ed. Paidós, Barcelona, 2004. ISBN: 84-493-1546-8.
- VALLESPÍN, F., «El final de una ilusión», *El País*, 24-09-2008.
- WIENER, J., *Globalization and the Harmonization of Law*, Ed. Pinter, London, 1999. ISBN: 1-85567-577-3.
- ZOLO, D., *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2000. ISBN: 84-493-0706-6.
- *Globalización. Un mapa de los problemas*, Ed. Mensajero, Bilbao, 2006. ISBN: 84-271-2734-0.

Bibliografía propuesta en la conclusión del artículo

- BECK, U.; GRANDE, E., *La Europa cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006. ISBN: 84-493-1877-7.
- BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2005. ISBN: 84-7777-287-8.
- FUKUYAMA, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Ed. Planeta, Barcelona, 1992. ISBN: 84-320-595-44.
- *La construcción del estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Ed. B, Barcelona, 2004. ISBN: 84-666-181-12.

Adopción internacional y competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 de adopción internacional

por

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

y

Javier Carrascosa González

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia

Recibido: 10.03.08

Aceptado: 15.10.08

Resumen: La regulación de la competencia judicial internacional en relación con la adopción internacional se contiene en los arts. 14 y 15 de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional. Se trata de un abanico de soluciones extraordinariamente creativas. Para la constitución de la adopción se acogen diversos foros: la residencia habitual del adoptando en España, la nacionalidad española del adoptando, la residencia habitual del adoptante en España y la nacionalidad española del adoptante. Estos foros pueden ser reducidos teleológicamente mediante un desarrollo judicial, de modo que se garantice que los tribunales españoles sólo son competentes para constituir adopciones en los casos verdaderamente vinculados con España mediante «conexiones sustanciales» (*Minimum Contact Test*). Por otro lado, el legislador ha acogido también diversos foros para la modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción simple en adopción plena. Igualmente, se mantiene la posibilidad de que los cónsules españoles acreditados en el extranjero puedan constituir adopciones internacionales.

Palabras clave: adopción internacional, competencia judicial internacional, jurisdicción, minimum contact test, desarrollo judicial.

Abstract: *The new Spanish Act on International adoption («Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional») contains different provisions on international jurisdiction. Articles 14 and 15 face these topics with innovative perspectives. Jurisdiction of Spanish courts to establish international adoptions subsists only when the constitutional Minimum Contact Test is guaranteed. So Jurisdiction of the Spanish courts may be disregarded if the specific case does not present real connections with Spain. On the other hand, this new Spanish Act allows Spanish courts to modify international adoptions and to transform foreign simple adoptions into adoptions in the Spanish sense of this legal institution («adopción plena»). In general, this new Act 54/2007 contains creative solutions which may be useful to solve the intricate problems arose by international adoptions in a country like Spain, which receives thousands of adoption order made by foreign authorities and involving foreign children.*

Key words: *International adoptions, international jurisdiction grounds, minimum contact test, judicial activism.*

Sumario: I. Introducción.—II. Constitución de la adopción internacional en España por juez español: la «fase administrativa» previa. 1. Finalidad y carácter de la fase administrativa previa a la constitución de la adopción. 2. El condicionamiento de la competencia judicial internacional por los criterios de «competencia administrativa autonómica».—III. Competencia judicial internacional para la constitución de la adopción internacional por juez español. 1. Foro de la residencia habitual del adoptando en España. 2. Foro de la nacionalidad española del adoptando. 3. Foro de la residencia habitual del adoptante en España. 4. Foro de la nacionalidad española del adoptante.—IV. Observaciones sobre los foros de competencia judicial internacional para la constitución de una adopción por juez español. 1. Amplitud de los foros de competencia judicial internacional. 2. Principio de vinculación mínima (*Minimum Contact Test*) y «cláusula de desvinculación judicial». 3. Momento temporal para la apreciación de la nacionalidad española y de la residencia habitual en España. 4. Competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional para la constitución de la adopción internacional.—V. Competencia judicial internacional modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción en adopción plena. 1. Competencia judicial internacional para la declaración de nulidad de la adopción internacional. 2. Competencia judicial internacional para la conversión de la adopción simple en adopción plena. 3. Competencia judicial internacional para la modificación o revisión de una adopción.—VI. Competencia internacional de los cónsules españoles en materia de adopción internacional.—VII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

1. La entrada en vigor, el 30 de diciembre de 2007, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007, citada aquí como «LAI»), ofrece un panorama legal completamente renovado en la regulación jurídica de la adopción internacio-

¹ En torno a la Ley de adopción internacional de 28 diciembre 2007, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008. En torno al Proyecto de dicha Ley, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618; G. ESTEBAN DE LA ROSA (coord), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos Problemas. Nuevas soluciones*, 2007.

nal¹. Esta Ley constituye una valiosa muestra de una «legislación integral». Es una norma jurídica que aborda el régimen jurídico de la adopción internacional no sólo con las herramientas propias del Derecho internacional privado (= normas de competencia judicial internacional, Derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones), sino también con instrumentos legales de Derecho Civil, Procesal y Administrativo. La LAI es una «Ley integral sobre la adopción internacional» que parte arranca de la realidad de los fenómenos sociales actuales como fenómenos de alta complejidad que exigen una regulación a través de mecanismos legales de distinto alcance y carácter (= Derecho Privado y Derecho Público, Derecho sustantivo y Derecho Procesal, etc.), como ha sido subrayado (J. MÉNDEZ PÉREZ²).

2. Entre las cuestiones de Derecho internacional privado (= DIPr.) que incorpora la LAI, la determinación de la competencia de los tribunales españoles en las cuestiones relacionadas con la adopción internacional, adquiere una importancia de primer orden³.

² J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 24, si bien en relación con la LOPJM 1/1996.

³ La doctrina española relativa a los aspectos de competencia judicial internacional en materia de adopción es abundante en número y rica en desarrollos. *Vid.* sin ánimo exhaustivo, S. ADROHER BIOSCA, «La adopción internacional: una aproximación general», en J. RODRÍGUEZ TORRENTE (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, pp. 229-304; S. ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional», AA.VV., *Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, 1999, pp. 97-144; E. ALONSO CRESPO, *Adopción nacional e internacional*, Ed. La Ley, 2004; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Adopción internacional y sociedad multicultural», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 175-211; P. BRIOSO DÍAZ, *La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado*, Madrid, Ministerio Asuntos Sociales, 1990; A.-L. CALVO CARAVACA, «Globalización y adopción internacional», en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 23-72; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008; M. A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004; A. DURÁN AYAGO, «La filiación adoptiva en el ámbito internacional», *La Ley*, núm. 5272, 21 marzo 2001, pp. 3-14; J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 361-380; C. ESPLUGUES MOTA, «El 'nuevo' régimen jurídico de la adopción internacional en España», *RDIPP*, 1997, pp. 33-74; J. I. ESQUIVIAS JARAMILLO, *La Adopción Internacional*, Madrid, Colex, 1998; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Filiación y alimentos», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª edición, 1995, pp. 366-375; M. GUZMÁN PECES, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, 2007; A. I. HERRÁN, *La adopción internacional*, Dykinson, Madrid, 2000; A. RODRÍGUEZ BENOT, «La filiación», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 2007, pp. 196-205; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988; ID., «Adopción internacional», *EJB*, 1995, pp. 353-354; ID., «Art. 9.5 Cc.», *Comentario al Cc. y Compilaciones Forales*, 2.ª ed., 1995, pp. 242-259; M. VIRGÓS / F. J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 551-552.

II. CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA POR JUEZ ESPAÑOL: LA «FASE ADMINISTRATIVA» PREVIA

1. Finalidad y carácter de la fase administrativa previa a la constitución de la adopción

3. No debe nunca olvidarse que en Derecho español, la adopción es un acto de jurisdicción voluntaria cuya competencia está atribuida a los tribunales de justicia. La adopción se constituye, siempre, por un juez (= los jueces son los que toman, al final, la decisión de proceder o no a la adopción). Dicho esto, debe dejarse constancia de que, en principio, toda adopción que debe constituirse en España por un juez español se inicia con una «fase administrativa». Ello en nada afecta al hecho de que son los jueces los que «constituyen» la adopción (C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES⁴). En torno a la fase administrativa previa a la adopción cabe introducir ciertas observaciones.

4. a) Funciones de las Entidades Públicas y constitución de la adopción: propuesta previa de adopción internacional y declaración de idoneidad de los adoptantes. Las Entidades Públicas Administrativas competentes en materia de protección de menores realizan multitud de funciones de diferente alcance, que se encuentran relacionadas en el Capítulo II de la LAI (*vid.* especialmente el art. 5 LAI⁵). Son funciones de información a los particulares impli-

⁴ C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2008, p. 352.

⁵ Art. 5 LAI (*Intervención de las Entidades Públicas de Protección de Menores*). «En materia de adopción internacional corresponde a las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores: a) Organizar y facilitar la información sobre legislación, requisitos y trámites necesarios en España y en los países de origen de los menores, velando para que esa información sea lo más completa, veraz y actualizada posible y de libre acceso por los interesados. b) Facilitar a las familias la formación previa necesaria que les permita comprender y afrontar las implicaciones de la adopción internacional, preparándolas para el adecuado ejercicio de sus funciones parentales una vez constituida aquélla. Podrán delegar esta función en instituciones o entidades debidamente autorizadas. c) La recepción de las solicitudes, en todo caso, y su tramitación, ya sea directamente o a través de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional debidamente acreditadas. d) La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad, previa elaboración, bien directamente o a través de instituciones o entidades debidamente autorizadas, del informe psicosocial de los solicitantes de la adopción, y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento. e) Recibir la asignación del menor, con información sobre su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen. f) Dar la conformidad respecto a la adecuación de las características del

cados en la adopción, de facilitación de tramitación de la adopción internacional, de formación, apoyo técnico a adoptados y adoptantes, colaboración con los organismos públicos de los países de origen del menor, seguimiento de la adopción ya constituida, apoyo postadoptivo, etc. Ahora bien, en relación con la adopción internacional, esta fase administrativa previa comprende, necesariamente, dos elementos fundamentales.

1.º) *Idoneidad de los adoptantes*. La Entidad Pública debe acreditar la «idoneidad» de los adoptantes «para el ejercicio de la patria potestad» (art. 176 Cc.) (= la Entidad Pública debe acreditar su idoneidad para ser considerados «adoptantes»). La declaración de idoneidad puede ser anterior a la propuesta previa. A la hora de expedir esta «declaración de idoneidad», las autoridades administrativas competentes no valoran «extremos jurídicos» (= tales como la «capacidad para adoptar» de los potenciales adoptantes, la posible adopción por parte de parejas del mismo sexo, etc.). Las autoridades administrativas, simplemente, realizan, al emitir la «declaración de idoneidad», «una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional» (art. 10.2 LAI) (J. M. ESPINAR VICENTE, M. GUZMÁN PECES⁶). Con otras pala-

niño asignado por el organismo competente del país de origen con las que figuren en el informe psicosocial que acompaña al certificado de idoneidad. A lo largo del proceso de adopción internacional ofrecerán apoyo técnico dirigido a los adoptados y a los adoptantes, prestandose particular atención a las personas que hayan adoptado menores con características o necesidades especiales. Durante la estancia de los adoptantes en el extranjero podrán contar para ello con la colaboración del Servicio Exterior. g) Los informes de los seguimientos requeridos por el país de origen del menor, que podrán encomendar a entidades como las previstas en el artículo 6 de esta Ley o a otras organizaciones sin ánimo de lucro. h) El establecimiento de recursos cualificados de apoyo postadoptivo para la adecuada atención de adoptados y adoptantes en la problemática que les es específica. i) La acreditación, control, inspección y elaboración de directrices de actuación de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional que realicen funciones de intermediación en su ámbito territorial. En sus actuaciones en materia de adopción internacional, las Entidades Públicas competentes promoverán medidas para lograr la máxima coordinación y colaboración entre ellas. En particular, procurarán la homogeneización de procedimientos, plazos y costes».

⁶ Un muy correcto entendimiento de la «idoneidad» se encuentra en J. M. ESPINAR VICENTE, «La modificación del art. 9.5 Cc. en el Proyecto de reforma sobre adopción», *RJ La Ley*, 1986, pp. 996-1002; ID., «La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)», *AC*, 1997, pp. 757-771; M. GUZMÁN PECES, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp. 184-187; ID., «La adopción internacional de menores: especial referencia al requisito de la idoneidad en el procedimiento de constitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 2005-2006, pp. 83-105. Otra perspectiva, aunque referida a los casos en los que la idoneidad se valora bajo la aplicación del CH 1993, puede verse en C. GONZÁLEZ

bras, puede afirmarse que la «idoneidad» de los adoptantes no consiste en acreditar su «capacidad legal para adoptar» (= ya que ello deben realizarlo los jueces y tribunales), sino en una evaluación de su «*capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional*» (art. 10.1 LAI), como ha sido correctamente señalado (F. CALVO BABIO⁷), pese a los errores, habituales, que se observan en ciertos autores⁸.

2.º) *Propuesta previa de adopción internacional.* La Entidad Pública debe elaborar una «Propuesta administrativa previa» de adopción que se presenta posteriormente al juez y que «sugiere» al juez la adopción de un concreto menor por unos concretos adoptantes.

5. b) *Carácter de esta fase de la adopción internacional.* Esta fase presenta un carácter netamente administrativo. Las consecuencias de ello aparecen con claridad: 1.º) Se trata de una fase regulada por normas de Derecho administrativo y se lleva a cabo por autoridades de la Administración, no por órganos judiciales. Por dicha razón, cuando estas Entidades Públicas colaboran con otras semejantes de los países de origen del menor, se trata de una colaboración «administrativa» internacional, regulada por normas de Derecho Administrativo y no de DIPr. (S. GARCÍA CANO⁹); 2.º) Al tratarse de una fase administrativa, el art. 8 Cc. es aplicable. Ello significa que esta fase debe observarse siempre que la adopción internacional se vaya a constituir en España por juez español, con independencia de la Ley estatal que rija la adopción (= que puede ser una Ley extranjera: *vid.* art. 21 LAI).

BEILFUSS, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», *RJC*, 1996, pp. 313-345; *Id.*, «La entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional», *REDI*, 1995 (II), vol. XLVII, pp. 485-488. Los términos de la polémica pueden verse muy bien ilustrados en M. HERRANZ BALLESTEROS, «La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?», en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 487-510, p. 495.

⁷ F. CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumanía: situaciones patológicas», *La Ley*, 1998-V, D-241, pp. 1585 ss.; *Id.*, «Nota a la RDGRN 12 julio 1996», *REDI*, vol. XLIX, 1997-II, pp. 272-275.

⁸ Es el caso de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618.

⁹ S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional de autoridades*, Colex, Madrid, 2003, pp. 172-183.

6. c) Identificación de estas «Entidades Públicas». Competencia autonómica y competencia estatal. La inmensa mayoría de las Entidades Públicas Administrativas competentes en materia de protección de menores son Entidades Públicas de las CC. AA. En efecto, las funciones públicas en materia de «protección de menores» han sido asumidas por las CC. AA. Resultado: cada C. A. dispone de sus propias autoridades competentes para intervenir en la fase administrativa previa de la adopción internacional. Cada Autoridad autonómica valora la «idoneidad de los adoptantes» y emite la «Propuesta previa de adopción». La relación de autoridades autonómicas competentes para llevar a cabo estas funciones, relación sumamente variable, puede obtenerse en numerosas páginas web y publicaciones especializadas.

7. d) Normas aplicables para la elaboración de la «propuesta previa de adopción» y para valorar la «idoneidad de los adoptantes». La LAI contiene una serie de normas mínimas y uniformes que regulan la elaboración de la propuesta previa de adopción y la expedición de la declaración de idoneidad de los adoptantes. Aparte de estas normas, las CC. AA. pueden establecer, como de hecho ha ocurrido, otras normas jurídicas que complementan las normas estatales en la regulación de ambos elementos. Las normas jurídicas autonómicas que regulan el régimen jurídico de la propuesta previa de adopción, de la idoneidad de los adoptantes y demás funciones que desarrollan las autoridades públicas autonómicas en relación con la adopción internacional, se aplican con sujeción al «principio de territorialidad» (= en el territorio de cada C. A., las autoridades de cada C. A. aplican exclusivamente sus normas administrativas relativas a estos extremos). Así se deduce del art. 8 Cc. aplicado por analogía y de los distintos Estatutos de Autonomía (= que recogen con claridad el carácter territorial del Derecho Público de cada C. A.).

2. El condicionamiento de la competencia judicial internacional por los criterios de «competencia administrativa autonómica»

8. Cada C. A. dispone de sus propios criterios de «competencia administrativa internacional» con arreglo a los cuales las autoridades públicas autonómicas pueden iniciar una «propuesta previa de adopción». En efecto, tales autoridades autonómicas no son competentes para expedir tal propuesta en todos los casos, sino sólo cuando los candidatos a adoptantes manifiesten una cierta «vinculación» con dicha C. A. Sin embargo, en este punto los criterios no son uniformes. Cada C. A. dispone de sus propios criterios competenciales. Es por ello por lo que, en ocasiones, son criterios «concurrentes» (= varias autoridades públicas de CC. AA. distintas pueden ser competentes para iniciar esta fase administrativa en relación con el mismo supuesto). Y, en otras ocasiones, la vinculación entre el supuesto y la C. A. competente para elaborar la propuesta previa y declaración de idoneidad no está garantizada.

9. Estos criterios de «competencia administrativa previa» revisten una importancia decisiva, pues condicionan todo el procedimiento de adopción internacional, incluida la posterior y necesaria constitución judicial de la adopción. En efecto, si no concurre la «competencia administrativa internacional» de ninguna autoridad pública autonómica española, no será posible la posterior constitución de la adopción internacional ante juez español, incluso aunque los tribunales españoles resultaren competentes para constituir la adopción internacional a tenor de los arts. 14-17 LAI.

10. En general, cabe distinguir varios grupos de criterios de competencia administrativa para el inicio de esta fase administrativa de la adopción internacional: 1.º) *Criterio de la residencia habitual de los adoptantes*: en ciertas CC. AA., las autoridades autonómicas correspondientes son competentes para instruir esta fase administrativa si los adoptantes disponen de su residencia habitual en el territorio de la C. A. de la que se trate. Siguen este criterio, por ejemplo, Aragón (= art. 75.2 Ley 12/2001, 2 julio, de la infancia y la adolescencia); Cantabria (= art. 75.1 Ley 7/1999, de 28 abril, de protección de la infancia y la adolescencia); Navarra (= art. 74.1 Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, que permite también, sin embargo, instar el procedimiento a sujetos sin residencia habitual en Navarra), etc. 2.º) *Criterio de la mera residencia de los adoptantes*. En otras CC. AA., las autoridades autonómicas correspondientes son competentes para instruir esta fase administrativa si los adoptantes tienen su mera «residencia» en el territorio de la C. A. de la que se trate. Siguen este criterio, por ejemplo, la C. A. de Canarias (= art. 73.1 Ley 1/1997, 7 febrero, de Atención Integral a los Menores y arts. 32 y 44 Decreto 54/1998 de 17 abril, actuaciones de amparo de los menores); Región de Murcia (= art. 9 Decreto 372/2007 de 30 noviembre 2007); Cataluña (= Ley 9/98 del Codi de Família); Galicia (= art. 32 Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia); Comunidad Valenciana (= art. 64 Decreto 93/2001, de 22 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor). 3.º) *Criterio de la mera instancia*. En otras CC. AA., las autoridades autonómicas correspondientes son competentes sólo con la mera presentación de la solicitud de adopción por parte de los adoptantes, sin que se exija que éstos presenten ninguna otra condición de vinculación con la C. A. en cuestión. Algunas CC. AA. encuadrables en este grupo indican que será un criterio preferente para el ofrecimiento de adopción el hecho de que los candidatos a adoptantes tengan su residencia habitual en la C. A. de que se trate. Es el caso de Asturias (= art. 16 Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores); La Rioja (= art. 104 Ley 1/2006, 28 febrero, de Protección de Menores de La Rioja); Castilla y León (= Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia); Comunidad de Madrid (= art. 59.1 Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías y derechos de la infancia y adoles-

cencia); Extremadura (= art. 8.2 y 15 Decreto 5/2003, de 14 de enero, por el que se establece el procedimiento de valoración de las solicitudes de adopción y acogimiento familiar y de selección de adoptantes y acogedores); Castilla-La Mancha (= art. 56 Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor).

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL POR JUEZ ESPAÑOL

11. Una vez emitida la propuesta previa por parte de la Entidad Pública española competente, la adopción internacional se constituye, necesariamente, por juez español «competente». Diversas advertencias previas resultan oportunas: 1.º) Los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional se contienen en el art. 14 LAI (= constitución de la adopción), y en el art. 15 LAI (= modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción). 2.º) Tales foros no son «foros exclusivos» en favor de los tribunales españoles. Eso significa que pueden surtir efectos jurídicos en España las adopciones constituidas por autoridades extranjeras sin que se pueda esgrimir en contra una pretendida «exclusividad de la jurisdicción española» en la materia (C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES¹⁰). 3.º) La LAI ha eliminado de raíz toda posibilidad de que la «sumisión de las partes» opere como foro de competencia judicial internacional en materia de constitución de la adopción. Se trata de una opción correcta de política legislativa. En efecto, la adopción es un acto de jurisdicción voluntaria y por ello, no existen, procesalmente hablando, dos «partes» con intereses opuestos que puedan acordar una sumisión a los tribunales españoles (C. ESPLUGUES MOTA¹¹). 2.º) La LAI ha eliminado también de raíz toda posibilidad de que el foro del «domicilio del demandado en España» opere en relación con la constitución de la adopción en España. Esta opción de política legislativa es también correcta, pues en los actos de jurisdicción voluntaria no existe ningún «demandado» (C. ESPLUGUES MOTA, J. M. ESPINAR VICENTE, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, A. MARÍN LÓPEZ¹²). Otros

¹⁰ C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2008, p. 354.

¹¹ C. ESPLUGUES MOTA, «El 'nuevo' régimen jurídico de la adopción internacional en España», *RDIPP*, 1997, pp. 33-74, esp. p. 40.

¹² J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 362-363 y nota [32]; C. ESPLUGUES MOTA, «El 'nuevo' régimen jurídico de la adopción internacional en España», *op. cit.*, pp. 33-74, esp. p. 40; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Art. 9.5 Cc.», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 88; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado I*, 1994, 8.ª ed., pp. 208-209; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Adopción internacional», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 8.ª ed., Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 181-218.

legisladores ya habían seguido esta mismo criterio radicalmente contrario a la operatividad de los foros de la sumisión de las partes y del domicilio del demandado (= *vid.* art. 66 Código belga de DIPr. 16 julio 2004¹³).

12. Todos los foros de competencia judicial internacional contenidos en los arts. 14 y 15 LAI se refieren a la «adopción». Son, por tanto, inaplicables en relación con la *kafalah* del Derecho islámico clásico (A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. CALZADILLA MEDINA, J. LONG, J. I. ESQUIVIAS JARAMILLO, A. RODRÍGUEZ BENOT¹⁴). La presencia de la *kafalah* en Derecho musulmán está directamente relacionada con la expresa prohibición de la adopción en la cultura jurídica del Derecho islámico. En efecto, en el Derecho musulmán clásico no existe la adopción, que está prohibida por el Corán (versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII¹⁵). Esta prohibición, como es sabido, tiene un origen muy polémico que se halla vinculado directamente con la vida del Profeta¹⁶. La

¹³ Art. 66 Ley belga DIPr. 16 julio 2004: «*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l'adoptant, l'un des adoptants ou l'adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande.*».

¹⁴ M. A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 240-245; J. LONG, «Adozione E Islam: Gli Ordinamenti giuridici occidentali e il divieto islamico di adozione», en *Studi Urbinati di Scienze giuridiche*, Politiche Ed. Economiche, 2003/04, pp. 55-65; ID., «Ordinamenti giuridici occidentali kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante», en *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, Marzo-Abrile 2003, pp. 33-45; J. I. ESQUIVIAS JARAMILLO, *La Adopción Internacional*, Madrid, Colex, 1998, pp. 173-177. Los estudios debidos a A. RODRÍGUEZ BENOT sobre la *kafalah* musulmana son indispensables. *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, «Adopción y Kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales», *El Derecho internacional y las relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 1999, pp. 195-206; A. RODRÍGUEZ BENOT, «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la Kafala», *RGD*, núm. 667, 2000, pp. 4419-4447.

¹⁵ Corán, Sura XXXIII: «4. *Alá no ha puesto dos corazones en el pecho de ningún hombre. Ni ha hecho que las esposas que repudiáis por la fórmula: "¡Eres para mí como la espalda de mi madre!" sean vuestras madres. Ni ha hecho que vuestros hijos adoptivos sean vuestros propios hijos. Eso es lo que vuestras bocas dicen. Alá, empero, dice la verdad y conduce por el Camino. 5. Llamadles por su padre. Es más equitativo ante Alá. Y, si no sabéis quién es su padre, que sean vuestros hermanos en religión y vuestros protegidos. No incurris en culpa si en ello os equivocáis, pero sí si lo hacéis deliberadamente. Alá es indulgente, misericordioso. 6. El Profeta está más cerca de los creyentes que ellos lo están de sí mismos. Las esposas de aquél son las madres de éstos. Los unidos por lazos de consanguinidad están más cerca unos de otros, según la Escritura de Alá, que los creyentes y los emigrados, a menos que hagáis un favor a vuestros amigos. Eso está anotado en la Escritura.*».

¹⁶ Como muy ilustrativamente explica F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 13-15, parece ser que el origen de la prohibición de la adopción en el Derecho islámico clásico se halla en el siguiente hecho. Zayd era un varón que fue vendido como esclavo al

kafalah se encuentra contemplada en la *Shari'a* (= conjunto de reglas para la vida del musulmán basado en diversas fuentes, como el mismo Corán, la Sunna, la Ijma y la Qiyyas). La *kafalah* del Derecho musulmán es una institución legal que no genera un «vínculo de filiación» entre el menor y sus «cuidadores» (*kafils*). El contenido y la finalidad de la *kafalah* son claros: la *kafalah* se limita a fijar una obligación personal en cuya virtud los «cuidadores» se hacen cargo del *kafil* y se obligan a atender su manutención y educación. La *kafalah* no rompe los lazos familiares sanguíneos y el estado familiar precedente del niño. El niño recibido mediante *kafalah* se beneficia de los cuidados materiales y de la educación proporcionados por su familia acogedora. Pero no dispone de derechos sucesorios en relación con su «nueva familia», ni existe vínculo de parentesco con dicha nueva familia (Res. Circular DGRN 15 julio 2006). Los titulares de la *kafalah* (*kafils*) no ostentan la patria potestad y por tanto, el sujeto sometido a *kafalah* no puede optar a la nacionalidad española a través del art. 20.1 Cc. (= posibilidad prevista para la persona sometida a la patria potestad de un español), ni tampoco adquiere la nacionalidad española a través del art. 19.1 Cc. (= sujeto adoptado por español) (RDGRN 21 marzo 2006, RDGRN [5.ª] 27 febrero 2006). La descripción jurídica de la *kafalah* puede seguirse en numerosos pronunciamientos de la jurisprudencia contemporánea española y extranjera (RDGRN 21 marzo 2006, RDGRN 14 mayo 1992, RDGRN 18 octubre 1993, RDGRN 14 mayo 1992, RDGRN 13 octubre 1995, RDGRN 1 febrero 1996, RDGRN [5.ª] 27 febrero 2006, RDGRN [2.ª] 21 marzo 2006, SAP Granada, Sec. 4.ª, 25 abril 1995; Sent. Cour Cass Francia 10 octubre 2006; Sent. Corte Cassazione Italia 4 noviembre 2005). Debe advertirse que, sin embargo, la configuración concreta de la *kafalah* en los distintos países musulmanes es muy variable: algunos países no permiten una «*kafalah* internacional» (Irán, Mauritania, Egipto), otros sí las permiten siempre que los potenciales *kafils* sean de religión islámica (Marruecos, Pakistán, etc.), y otros países de tradición islámica admiten la adopción y la *kafalah* (Indonesia, Túnez¹⁷).

13. Por otra parte, debe recordarse que existe una serie de circunstancias que, aun cuando concorra algún foro de competencia judicial internacional

Profeta por unos mercaderes. El Profeta lo adoptó solemnemente ante la sagrada piedra negra de la Kaaba. Un día, el Profeta visitó a Zayd y no lo encontró en casa, pero sí halló en ella a Zeyned, su esposa, y quedó prendado de sus encantos. Zayd, conocedor de los deseos del Profeta, repudió a su esposa, de modo que el Profeta pudo contraer matrimonio con ella. Este matrimonio fue considerado por algunos como un incesto. La cuestión quedó solventada cuando Alá se apareció al Profeta y le indicó que no había incesto alguno, pues la adopción debía quedar prohibida, de modo que el matrimonio del Profeta con su nuera adoptiva ya no podía considerarse incestuoso.

¹⁷ Información extraída de <www.iss-ssi.org>.

en materia de adopción internacional, imposibilitan la constitución, modificación, nulidad o conversión de la adopción internacional por parte de las autoridades españolas. Tales circunstancias se encuentran recogidas en el art. 4 LAI (= «circunstancias que impiden o condicionan la adopción»). La finalidad de tales previsiones legales es (art. 4 LAI) evitar el tráfico de menores que se puede producir en situaciones de conflicto bélico y desastre natural, y en situaciones conectadas con Estados que no implementan controles públicos de garantía en las adopciones internacionales y/o que no respetan los principios jurídicos básicos internacionalmente reconocidos de la adopción de menores, con Estados cuyas prácticas y trámites de la adopción del menor no respetan el interés del menor, y con Estados en los que la adopción no salvaguarda los intereses en presencia de los progenitores, adoptandos o adoptantes. Por otro lado, existen también otras circunstancias que «condicionan» los trámites de una adopción internacional por las autoridades españolas (art. 4.2 y 4.-3 LAI).

14. Los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos: a) cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España; b) cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España. Estos foros requieren un análisis detenido.

1. Foro de la residencia habitual del adoptando en España

15. Indica el art. 14.1.a) LAI que son competentes, para la constitución de adopción en supuestos internacionales, los Juzgados y Tribunales españoles «cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España». Deben formularse varias precisiones relativas a este foro.

1.º) En este primer supuesto, la vinculación del supuesto con España es clara y se centra en las circunstancias presentes en el sujeto protagonista de la adopción, el adoptando, y que manifiestan una «vinculación estrecha» del supuesto con España. En efecto, en el caso de que el adoptando tenga en España su residencia habitual, la competencia de los jueces españoles está plenamente justificada: (a) España es el país en el que se encuentra el «centro social de vida del menor» (= España es el país en cuya sociedad el menor se encuentra integrado); (b) Son las autoridades españolas las autoridades «más cercanas al menor». Podrán recabar con extrema facilidad los datos e informaciones precisas para la adopción y podrán recibir de modo inmediato las declaraciones, consentimientos y asentimientos que exige la Ley para la constitución de la adopción. Por ambas razones, la competencia de los tribunales españoles es, en este caso, extremadamente «previsible» para todos los interesados. En suma, el foro de competencia judicial internacional basado en la residencia habitual del adoptando en España es una solución correcta de política legislativa porque reduce tanto los costes de información que

derivan de la averiguación del tribunal competente en los casos internacionales, como reduce también los costes de litigación. Este foro sintoniza de modo exacto con el «principio de proximidad»: un foro de competencia judicial internacional es adecuado si potencia el acceso a los tribunales porque permite la litigación a costes reducidos. Proceder a la constitución de la adopción internacional en España cuando el adoptando tiene su residencia habitual en España es una solución que todos los sujetos implicados en la adopción internacional deben haber racionalmente previsto *ex ante*. Por ello, es una solución que comportará a todos esos sujetos, con gran probabilidad, costes más reducidos de los que comportaría la constitución de la adopción por autoridades de otros países.

2.º) El concepto de «residencia habitual» es el recogido en la legislación española (art. 40 Cc.). Es irrelevante que el adoptando tenga su residencia habitual o su domicilio también en otros países con arreglo a la Ley de cualquier otro Estado. Sólo importa que el adoptando tenga su residencia habitual en España. Es también irrelevante, en este caso, la nacionalidad o nacionalidades que pudiera tener el menor.

2. Foro de la nacionalidad española del adoptando

16. Señala el art. 14.1.a) LAI que son competentes, para la constitución de adopción en supuestos internacionales, los Juzgados y Tribunales españoles «cuando el adoptando sea español». Distintas observaciones deben formularse en relación con este foro de competencia judicial internacional.

1.º) En el caso de que el adoptando sea español pero no tenga en España su residencia habitual, la conexión con España es más débil que en supuesto anterior. Sin embargo, en materias relativas a la persona, la nacionalidad es una circunstancia que manifiesta una vinculación que suele ser «real» y no «meramente aparente» entre el sujeto y el país del que es nacional. Por ello, este criterio hace que la competencia de los tribunales españoles sea también «previsible» para todos los interesados (= el juez español es un «juez próximo» al supuesto en el caso de adopción internacional de un español). De ese modo, este foro de competencia judicial internacional basado en la nacionalidad española del adoptando también permite reducir los costes de información que surgen en la determinación del tribunal competente en los casos de adopción internacional.

2.º) Es irrelevante que el adoptando ostente varias nacionalidades. Si una de las nacionalidades que el adoptando tiene es la nacionalidad española, el foro de competencia judicial internacional operará. El art. 9.9 Cc. no es aplicable para determinar una «nacionalidad prevalente» a los efectos de precisar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de adoptando doble nacional.

3.º) El art. 14 LAI emplea la expresión «*ser español*». Ello significa que el sujeto debe «ostentar» o «poseer» la nacionalidad española. En conse-

cuencia, los sujetos que retienen la nacionalidad española de modo «latente» o «hibernada» en virtud de ciertos Convenios internacionales firmados por España, no «son» españoles y el art. 14 LAI no operará (RDGRN [2.ª] 25 marzo 2000). Debe tenerse en cuenta que, por efecto de ciertos Protocolos concluidos por España con países con los que ya tenía concertados Convenios de (falsa) doble nacionalidad, esta falsa doble nacionalidad se ha transformado en auténtica doble nacionalidad, al menos a ciertos efectos legales. En efecto, ciertos Protocolos indican que el sujeto puede poseer ambas nacionalidades de modo «activo». Ya no hay una «nacionalidad hibernada»: aunque estos ciudadanos quedan sometidos «a la legislación del país que otorga la nueva nacionalidad», es también cierto que se aplicará también a estas personas «la legislación de su nacionalidad primitiva» en todo lo que no sea incompatible con la legislación del país que otorga la nueva nacionalidad. Por tanto, y dentro de ciertos límites, ambas nacionalidades se pueden hacer valer, con lo que algunos de estos Convenios han pasado a ser, relativamente, «verdaderos Convenios de doble nacionalidad». Es el caso de los Protocolos firmados por España con Argentina, Colombia, Honduras, Paraguay, República Dominicana y Guatemala, y que modifican y alteran el significado de los originarios Convenios de doble nacionalidad. En este último supuesto, puede suceder que el sujeto sea un auténtico «doble nacional» y si una de las nacionalidades que ostenta es la nacionalidad española, el foro recogido en el art. 14.1.a) LAI es operativo.

3. Foro de la residencia habitual del adoptante en España

17. Indica el art. 14.1.b) LAI que son competentes, para la constitución de adopción en supuestos internacionales, los Juzgados y Tribunales españoles «cuando el adoptante tenga su residencia habitual en España». Este foro suscita interrogantes profundos. Por ello requiere una explicación más detallada. A primera vista, puede parecer que permite y admite la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para constituir la adopción internacional en un caso sin vinculaciones suficientes con España. Sin embargo, se trata de una impresión engañosa. En efecto, existe una clara vinculación del supuesto con España. Al tener los adoptantes su residencia habitual en España, eso supondrá que tales adoptantes tienen en España su «centro social de vida» y con extrema frecuencia, será España el lugar en cuyo contexto y sociedad se integrará el adoptando. Se trata por tanto, de un foro de competencia judicial internacional «con proximidad anticipada» (= con frecuencia, este foro operará en favor de la «residencia habitual futura» del adoptando). Por esta razón, los sujetos implicados en la adopción pueden prever también, razonablemente, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la constitución de la adopción internacional en este supuesto. Los costes de averiguación del tribunal competente y los costes de litigación ante los tribunales españoles serán, por ello, reducidos.

4. Foro de la nacionalidad española del adoptante

18. Señala el art. 14.1.b) LAI que son competentes, para la constitución de adopción en supuestos internacionales, los Juzgados y Tribunales españoles «*cuando el adoptante sea español*». Este foro requiere ciertas consideraciones.

1.º) En apariencia, la vinculación del supuesto con España por la mera nacionalidad española del adoptante resulta débil. Sin embargo, este foro también refleja una vinculación real con España. La nacionalidad española del adoptante muestra que dicho sujeto se siente todavía vinculado con España, a cuya comunidad social no ha querido renunciar. Con frecuencia, la nacionalidad española del adoptante refleja la voluntad del dicho sujeto de no romper su ligamen con España y de dejar abierta la posibilidad de venir a vivir a España.

2.º) Este foro permite cubrir casos en los que el adoptando se encuentra físicamente en España y el adoptante es español. Ejemplo: será posible la constitución de una adopción en España en el supuesto de un español que acaba de regresar a España procedente de un país extranjero en el que tenía asignada la custodia o la guarda de hecho de menor extranjero con residencia habitual en el extranjero.

IV. OBSERVACIONES SOBRE LOS FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA ADOPCIÓN POR JUEZ ESPAÑOL.

19. La regulación contenida en el art. 14 LAI en torno a la competencia de los tribunales españoles para la constitución de adopciones internacionales suscita varias reflexiones.

1. Amplitud de los foros de competencia judicial internacional

20. Los foros de competencia judicial internacional retenidos por el art. 14 LAI son amplios. En consecuencia, el volumen de asuntos relativos a la constitución de adopciones que se atribuye a los tribunales españoles es elevado. Esta opción de política legislativa exige aclarar diversos aspectos.

1.º) La intención del legislador ha sido abrir la jurisdicción española de modo generoso, por una razón muy clara. Porque entiende que, con ello, se potencia la constitución de la adopción, que beneficia siempre al menor (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS¹⁸). Unos foros de competencia judicial internacional

¹⁸ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Filiación y alimentos», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª edición, 1995, pp. 366-375, esp. p. 367:

más restrictivos podían haber incurrido en perjuicio para el «interés del menor». Con foros de competencia judicial internacional muy amplios y estructurados, además, de modo alternativo, el legislador deja claro que el interés del menor aconseja garantizar, de un modo muy marcado, la posibilidad de constituir adopciones en España. Esta decisión del legislador debe ser valorada positivamente (M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, C. ESPLUGUES MOTA¹⁹). En efecto, en principio y con carácter general, el mayor beneficio legal que puede existir para un menor necesitado de protección, en el contexto internacional, es su «completa integración en una familia adecuada» para dicho menor mediante la figura de la adopción. Argumento: la adopción es la institución legal que presenta un grado mayor de integración familiar en un núcleo familiar (F. CALVO BABÍO²⁰).

2.º) El legislador ha utilizado como foros de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional, las «circunstancias subjetivas» de los individuos implicados en la adopción internacional (= nacionalidad y residencia habitual de tales sujetos), y no «circunstancias objetivas» de la relación jurídica. La explicación de este hecho radica en que, en las adopciones internacionales, las «personas» ocupan un lugar prevalente. Los criterios de atribución de competencia judicial internacional a los tribunales españoles se deben fundar, por ello, en circunstancias vinculadas a las personas (= nacionalidad y residencia habitual), que son las circunstancias relevantes que manifiestan la conexión de la adopción internacional con un país u otro (= en materia de adopción internacional, operan los «foros cercanos a la persona») (M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ²¹). La utilización de circunstancias próximas a la persona como foros de competencia judicial internacional en materia de adopción inter-

«Por operar alternativamente la nacionalidad española junto a la residencia habitual del adoptante o adoptando, el volumen de competencia judicial internacional atribuido a los Jueces españoles es muy amplio. Lo que puede justificarse, sin duda, por el objetivo general de facilitar las adopciones, en interés de la infancia».

¹⁹ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 247; C. ESPLUGUES MOTA, «El 'nuevo' régimen jurídico de la adopción internacional en España», *RDIPP*, 1997, pp. 33-74, esp. p. 41.

²⁰ F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 31-34. *Vid.* igualmente, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Discurs d'ingrés Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1993; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1996-1, pp. 113-159; M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr.*, Lex Nova, Valladolid, 2004, *passim*.

²¹ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 229-232.

nacional permite identificar al tribunal competente con unos costes de transacción reducidos (= lo que potencia la constitución de las adopciones internacionales).

3.º) La generosa apertura del acceso a los tribunales para la constitución de la adopción en los casos internacionales es una opción legislativa seguida también, por la razón antes aludida, en otros países (*vid.* art. 66.I de la Ley belga de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado²² y art. 40 Ley DIPr. Italia 1995²³), como explica la doctrina (R. BARATTA²⁴). Estos criterios alternativos y muy amplios de competencia judicial internacional eran ya los acogidos por el art. 23 LOPJ antes de la LAI.

2. Principio de vinculación mínima (*minimum contact test*) y «cláusula de desvinculación judicial»

21. Los cuatro foros de competencia judicial internacional recogidos en el art. 14 LAI, que operan con carácter alternativo, aparecen inspirados en el principio de «conexión mínima» (*Minimum Contact Test*). Por tanto, para poder constituir la adopción en España, es preciso realizar un «razonamiento en dos etapas»: 1.º) En primer lugar, debe concurrir alguno de los foros recogidos en el art. 14 LAI (= «razonamiento en abstracto»). Estos foros están diseñados para los casos generales, los casos-tipo, los casos más normales, pues como escribía ULPIANO, *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* (= las normas no se elaboran para personas concretas, sino para todos). 2.º) En segundo lugar, es necesario que, además, ninguno de esos foros opere, en el caso concreto, de modo «exorbitante» (= «razonamiento en concreto»). Es decir, es necesario que la competencia judicial internacional atribuida a los jueces españoles para la constitución de la adopción por cualquiera de los foros recogidos en el art. 14 LAI no se refiera a un supuesto específico que, realmente, no presenta una «conexión mínima» y «sustancial» con España. Sólo una «vinculación real» del caso concreto con España justifica la competencia judicial internacional de los tri-

²² Art. 66 del Código belga de Derecho internacional privado (Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado): «*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l'adoptant, l'un des adoptants ou l'adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande.*»

²³ Art. 40 Ley italiana de DIPr. de 31 mayo 1995: «*Giurisdizione in materia di adozione. 1. I giudici italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché: a) gli adottanti o uno di essi o l'adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia; b) l'adottando è un minore in stato di abbandono in Italia.*»

²⁴ R. BARATTA, «La giurisdizione italiana in materia di adozione di minori», *RDI*, 1988, vol. LXXI, pp. 48-85.

bunales españoles. Así lo indica la Exposición de Motivos de la LAI²⁵. Esta lectura de los arts. 14-15 LAI permite descubrir, de modo sencillo, que tales preceptos no contienen «foros exorbitantes» (M. GUZMÁN PECES).

22. Sin embargo, y para evitar efectos negativos de esta muy notable amplitud del volumen de adopciones internacionales que pueden constituir los tribunales españoles, estos foros de competencia judicial internacional recogidos en el art. 14 LAI deben ser entendidos como «criterios retráctiles» de competencia judicial internacional (= en principio, operan tal y como están descritos en el art. 14.1 LAI, pero pueden «restringirse» o «retraerse» en casos específicos que no presentan una vinculación mínima con España). Es decir, los foros de competencia judicial internacional recogidos en el art. 14.1 LAI pueden y deben ser reducidos teleológicamente a través de un desarrollo judicial del art. 14 LAI (M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, A.-L. CALVO CARAVACA²⁶). Son foros que se justifican por la vinculación del supuesto con España. Ahora bien, dicha vinculación puede «fallar», en el caso concreto, lo que convertiría un foro razonable y usual, en un foro que opera, realmente, «de modo exorbitante». El art. 24 CE y el art. 6 CEDH 1950 obliga a «expulsar» del sistema legal español todo «foro realmente exorbitante» (K.H. NADELMANN²⁷). Los «foros exorbitantes» no respetan el «principio de previsibilidad de los tribunales competentes» (P. HAY²⁸). Como escribe F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «*si el vínculo [que permite la competencia judicial internacional de nuestros tribunales] es manifiestamente irrazonable la norma es inconstitucional*»²⁹.

²⁵ Exposición de Motivos de la LAI (III): «*Inspirada en el principio de 'conexión mínima', una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor*».

²⁶ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 247; A.-L. CALVO CARAVACA, «Globalización y adopción internacional», en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 23-72; J. CARRASCO-SA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 181-218.

²⁷ K. H. NADELMANN, «Jurisdictionally improper fora», en *Conflict of Laws, International and Intestate*, The Hague, Martinus / Nijhoff, 1972, pp. 22-237.

²⁸ P. HAY, «Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law», *RCADI*, 1991, vol. 226, pp. 281-412, esp. p. 310: «*not requiring contacts in furtherance of such foreseeability, it therefore does not contribute to predictability*».

²⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «¿Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?», *REDI*, 1995 (II), vol. XLVII, pp. 121-136, esp. p. 123.

23. El legislador ha preferido fijar unos foros de competencia judicial internacional muy amplios y permitir que los tribunales puedan «restringir» el alcance de tales foros a través de su desarrollo judicial. Esta opción es mejor que la contraria: establecer unos foros de competencia judicial internacional recortados y permitir que los tribunales los puedan «extender» a casos no previstos. Y la elección del legislador de la LAI es preferible porque la «argumentación explicativa» (= la motivación) que los jueces deben en todo caso proporcionar cuando llevan a cabo un desarrollo judicial del DIPr. es más sencilla cuando se trata de «restringir» el alcance de un foro de competencia judicial internacional, que cuando proceden a «crear» normas no escritas para aplicarlas a supuestos no contemplados. En efecto, la creación de normas directas de competencia judicial internacional por el juez supone una especie de «suplantación del legislador» que exige una «carga explicativa» mucho mayor que la restricción de una previsión legal a un grupo de supuestos más concretos que los previstos por la norma de competencia judicial internacional (= la clásica regla interpretativa *Plus dixit quam voluit* es más fácil de argumentar que la no menos clásica regla *Minus dixit quam voluit*, pues esta segunda regla exige «crear una norma», mientras que la primera no lo exige).

24. El legislador ha concedido una «autorización expresa» a los jueces para reducir el alcance de los foros de competencia judicial internacional del art. 14.1 LAI en casos concretos de adopción internacional que provocan infracción del principio de «vinculación mínima» del supuesto con España. Dicha autorización en favor de un «desarrollo judicial» del art. 14.1 LAI se encuentra en dos previsiones legales: (1) El art. 14.1 LAI comienza con una afirmación que presenta un significado claro (= «*Con carácter general*, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos...» [cursiva añadida]). Pues bien, la expresión «*con carácter general*» significa no sólo que los foros de competencia judicial internacional se refieren efectivamente a la competencia «internacional» de los tribunales españoles (= algo que ya se deduce claramente de la rúbrica del art. 14.1). Significa, además, y fundamentalmente, que la regla «general» experimenta «excepciones», y que los tribunales españoles están autorizados, en casos particulares, a «rechazar su competencia judicial internacional» si observan que les viene atribuido, *ex art. 14.1 LAI*, el conocimiento de un concreto supuesto de constitución de la adopción internacional que no presenta vinculaciones «reales» con España y que, por ello, puede perjudicar a los sujetos implicados, puede conducir a hacer competentes a los tribunales españoles de modo «imprevisible» y con elevados costes de transacción jurisdiccionales para los sujetos afectados y que puede dar lugar a una «adopción internacional claudicante» (= válida en España, cuyos tribunales pueden constituirla, pero sin efectos legales en otros países extranjeros conectados estrechamente con el caso). La expresión «*con carác-*

ter general» con la que da inicio el art. 14.1 LAI significa que hay «excepciones» a los foros de competencia judicial internacional que a continuación se relacionan en dicho art. 14.1 LAI (= el art. 14 LAI es una «norma general» y precisamente por ello, presenta «excepciones»). Se trata de excepciones que se establecerán y se perfilarán por vía jurisprudencial, pues la Ley no puede recoger la infinidad de casos particulares que pueden surgir en la práctica en los que, aunque concurren foros de competencia judicial internacional en favor de los tribunales para la constitución de la adopción internacional, el supuesto concreto no está, realmente, vinculado con España de modo suficiente o mínimo (= son foros que concurren sólo «formalmente», pero no representan una conexión real o «sustancial» con España). (2) La Exposición de Motivos de la LAI contiene un mandato muy claro dirigido a los jueces y tribunales españoles. Éstos no deben proceder a la constitución de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España pese a concurrir, «formalmente», un foro de competencia judicial internacional recogido en la LAI³⁰.

25. Así pues, a pesar de que concurra uno de los foros previstos en el art. 14 LAI, los tribunales españoles estarán autorizados a activar una «cláusula de desvinculación» por vía de un desarrollo judicial, que les permitirá no proceder a la constitución de una adopción internacional *«si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España»* (Exposición de Motivos LAI, [III]). Esta «cláusula de desvinculación» evita los efectos indeseables que producen los foros exorbitantes y se justifica por estas razones: (a) Evita la vulneración del derecho constitucional de tutela judicial efectiva de los interesados (art. 24 CE). (b) Reduce los costes de información judicial de los interesados, que no se verán «atraídos» hacia los tribunales españoles, cuya competencia judicial internacional nunca habrían podido prever, si el caso no presentara un contacto mínimo y real con España. Obligarles a acudir a éstos provocaría un aumento de los costes de litigación y de los costes de determinación del tribunal competente. (c) Impide, con frecuencia, la constitución de adopciones claudicantes (= adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor). Las adopciones claudicantes vulneran, con carácter general, el interés del menor. En este sentido, los jueces españoles deben rechazar su propia competencia judicial internacional si, tras un examen detenido de la «recognoscibilidad» en el país extranjero de la adopción internacional a constituir en

³⁰ Exposición de Motivos LAI (III): *«Inspirada en el principio de “conexión mínima”, una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor».*

España, se observa que, efectivamente, dicha adopción no surtirá efectos legales en dicho país (= en línea con lo sostenido por la práctica y doctrina alemana: «técnica elástica»³¹). Esta «cláusula de desvinculación» permitirá que el juez español no se declare internacionalmente competente, por ejemplo, en el caso de que la nacionalidad española del adoptante o del adoptando sea una «nacionalidad no efectiva» que el sujeto «ostenta» pero no «utiliza» y la nueva familia en la que el adoptando se integra ni tiene su residencia habitual España ni muestra intención de tenerla en el futuro.

26. Un ejemplo ayudará a percibir la interacción entre los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 14 LAI (= formulados para los «casos-tipo», que son necesariamente, los casos «normales» y «generales») y la creatividad judicial en forma de un desarrollo de los principios sustentadores de la LAI en la materia (= prevista para los casos más complejos, *Hard Cases*). Se insta ante juez español la constitución de la adopción de un menor eslovaco residente en Eslovaquia por parte de un varón español y de una mujer eslovaca residentes ambos en Eslovaquia, personas que no tienen ninguna intención de venir a residir a España. Además, el español ostenta también la nacionalidad eslovaca y no utiliza en su vida cotidiana su nacionalidad española. Formalmente, concurre un foro de competencia judicial internacional: la «nacionalidad española» de uno de los adoptantes. Pero si se observa el caso con detenimiento, se aprecia que el vínculo del caso con España, formalmente existente, es sustancialmente inexistente (= no refleja una auténtica conexión del caso con España). Por ello, este foro podría funcionar como un foro exorbitante, lo que es contrario al art. 24 CE. En consecuencia, el juez español no debe considerarse internacionalmente competente para constituir esta adopción. Es más lógico que la adopción se constituya en Eslovaquia con arreglo al DIPr. de ese país o que se constituya ante el Cónsul español acreditado en dicho país, si ello es posible. En el caso de que el juez español acredite que no es intención de la familia trasladarse a residir a España y que la adopción que podría constituir en España tiene muchas posibilidades de no surtir efectos legales en Eslovaquia, haría bien en declarar la falta de competencia judicial internacional de los jueces españoles para constituir esta adopción, y todo ello, mediante un desarrollo judicial del art. 14 LAI. De ese modo, evitaría que dicho precepto opere como un foro exorbitante y evitaría constituir una adopción internacional válida en España pero muy probablemente nula en Eslovaquia (= país de residencia habitual del menor y donde vive su familia adoptiva). Lo que a su vez, evitaría una adopción en España que generaría unos costes jurisdiccionales muy elevados para todos los sujetos afectados.

³¹ E. JAYME, «Diritto di famiglia, societa multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato», *RDIPP*, 1993, pp. 295-304; E. JAYME, «L'adozione internazionale. Tendenze e riforme», *Rivista di Diritto Civile*, 1984, pp. 545-558.

3. Momento temporal para la apreciación de la nacionalidad española y de la residencia habitual en España

27. En relación con todos los foros de competencia judicial internacional contemplados en el art. 14 LAI, la nacionalidad española y la residencia habitual en España de adoptante y/o adoptando deben quedar acreditadas en el momento de la presentación de la solicitud de adopción a la Entidad Pública competente (art. 14.2 LAI). Esta fijación del momento temporal refuerza la seguridad jurídica y había sido ya defendida por la jurisprudencia (AAP Madrid 27 julio 2006 [adoptante español]), por la DGRN (Res. Circular DGRN 15 julio 2006, en BOE núm. 207 de 30 agosto 2006) y por la doctrina (E. RODRÍGUEZ GAYÁN, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS³²).

4. Competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional para la constitución de la adopción internacional

28. El art. 16 LAI indica qué precisión del concreto órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente para la constitución de la adopción internacional se llevará a cabo con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria. Varias reflexiones son precisas sobre la cuestión.

1.º) Esta remisión en favor de las «normas de la jurisdicción voluntaria» tenía como objetivo final las normas contenidas en la *non nata* Ley de la Jurisdicción Voluntaria que se tramitó durante la legislatura 2004-2008. Pero dicha Ley nunca vio la luz como tal y el Proyecto de Ley quedó en eso, en un Proyecto arrumbado, con destino incierto, en algún cajón del Congreso de los Diputados. Por tanto, la referencia que se contiene en el art. 16.1 LAI debe entenderse hecha en favor del art. 63.16 LEC 1881, precepto que sigue en pleno vigor tras el fracaso de la Ley anteriormente mencionada³³.

2.º) Por tanto, será juez español territorialmente competente el juez correspondiente al domicilio de la Entidad Pública que hace la propuesta de adopción, y en su defecto, el juez del domicilio del adoptante.

3.º) En el caso de que a través de dicho precepto no pueda identificarse un juez territorialmente competente, porque no existe propuesta previa de una Entidad pública española y porque, además, los adoptantes no están

³² E. RODRÍGUEZ GAYÁN, *Derecho Registral Internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 146. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Filiación y alimentos», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª edición, 1995, pp. 366-375, esp. p. 372.

³³ Art. 63.16 LEC 1881: «Para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores, se seguirán las reglas siguientes: (...) 16. En las actuaciones judiciales sobre acogimiento familiar o adopción o en las relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas, será competente el Juez del domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. En las actuaciones judiciales a que se refieren los artículos 179 y 180 Código Civil. Será competente el Juez del domicilio del adoptante.»

domiciliados en España, será tribunal territorialmente competente el órgano judicial que los adoptantes libremente elijan (art. 16.2 LAI). Sigue aquí el art. 16.2 LAI la llamada «solución francesa», defendida en dicho país (H. BATIFFOL, A. HELDRICH, P.H. NEUHAUS) y también por la doctrina española (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS³⁴).

V. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, MODIFICACIÓN, REVISIÓN, NULIDAD Y CONVERSIÓN DE LA ADOPCIÓN EN ADOPCIÓN PLENA

29. El art. 22.3 LOPJ no contenía ningún criterio para determinar la competencia judicial internacional en relación con la extinción o nulidad de la adopción, ni con su revisión o modificación, ni con la conversión de una adopción simple en adopción plena. Sólo se preveía la competencia judicial internacional de los tribunales españoles «para la constitución de la adopción» (art. 22.3.5.º LOPJ). Ante la laguna legal, la jurisprudencia se mantenía indecisa (erróneamente: AAP Madrid 25 enero 2002). De modo muy correcto, la DGRN entendió que los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 22.3 LOPJ para la «constitución de la adopción» en favor de los tribunales españoles debían aplicarse, por analogía, para determinar la competencia de los tribunales españoles en relación con la modificación y con la declaración de nulidad de la adopción (correctamente: ConDGRN 19 noviembre 2003 [adopción presuntamente irregular de menor ruso en España]), como había también defendido parte de la doctrina (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ³⁵). La LAI acaba con esta lamentable situación y proporciona soluciones claras, racionales y sistemáticas a estas cuestiones. El legislador español de la LAI ha tomado estos foros del art. 66 de la Ley belga de 16 julio 2004 (= Ley que contiene el Código de Derecho internacional privado).

³⁴ A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und Anwendbares Recht*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, JCB Mohr, Tübinga, 1969, pp. 36-39; P. H. NEUHAUS, «Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht», *RebelsZ.*, 1955, pp. 240-260; H. BATIFFOL, «Observations sur les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative», *De conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn / J. Offerhaus*, Leyden, Sijthoff, 1962, pp. 5-24; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Filiación y alimentos», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª edición, 1995, pp. 366-375, esp. pp. 372-373.

³⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Adopción internacional», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 8.ª ed., Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 181-218.

1. Competencia judicial internacional para la declaración de nulidad de la adopción internacional

30. En lo relativo a la competencia judicial internacional para la declaración de nulidad de una adopción en supuestos internacionales, varios aspectos deben ponerse de relieve.

1.º) Los foros de competencia judicial internacional que permiten a los tribunales españoles declarar la nulidad de una adopción son los siguientes (art. 15.1 LAI): a) Adoptado español o con residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud. b) Adoptante español o con residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud. c) Adopción constituida por autoridad española.

2.º) La nulidad de la adopción puede venir establecida por la Ley española (art. 18 LAI y art. 180.2 Cc.), o bien puede venir contemplada por la Ley extranjera correspondiente que regule la cuestión a tenor de los arts. 21 y 22 LAI.

2. Competencia judicial internacional para la conversión de la adopción simple en adopción plena

31. La expresión «adopciones simples» cubre una realidad muy extensa de tipos de adopción con notables diferencias entre sí (F. CALVO BABÍO, C. A. LÓPEZ DE ZAVALÍA³⁶). A la hora de convertir una adopción simple en una adopción plena, existe un amplio abanico de posibilidades: (a) Pueden instar la conversión de una adopción simple en una adopción plena ante las autoridades extranjeras y con arreglo a las normas de DIPr. extranjeras del país que corresponda. (b) Pueden también instar *ex novo* la constitución de una adopción plena «española» en relación con un sujeto que ha sido adoptado en forma simple o menos plena en un país extranjero (= opción interesante en el caso de que el Derecho extranjero regulador de la adopción simple no permita su conversión en una adopción plena, aunque la nueva adopción plena española no producirá muy probablemente, efectos legales en el país extranjero). (c) Los interesados pueden instar, ante los tribunales españoles, la conversión de la adopción simple en una adopción plena «extranjera» (= según las previsiones de un Derecho extranjero). (d) Pueden igualmente los interesados instar la conversión de la adopción simple o menos plena en una «adopción plena española» con arreglo al procedimiento específico previsto en el art. 30.4 LAI.

³⁶ Vid. el magnífico y muy completo estudio de F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, esp. pp. 97-154. Vid. también, C. A. LÓPEZ DE ZAVALÍA, «Adopción simple internacional: una visión desde el punto de vista de la tolerancia y en favor de los intereses superiores del niño», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2005, pp. 369-400.

32. El art. 1.2 LAI incluye, sin duda ninguna, en el concepto de «adopción internacional», tanto la adopción plena como la adopción simple. En consecuencia, las reglas sobre competencia judicial internacional para la constitución, revisión, y nulidad de la adopción contenidas en los arts. 14-17 LAI son aplicables a la adopción simple. A efectos de la LAI, se entiende por «adopción simple o menos plena» aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española (art. 15.4 LAI). Estos foros se proyectan sobre dos procedimientos distintos: (a) Conversión de la adopción simple o menos plena en una «adopción plena española» con arreglo al «procedimiento específico» previsto en el art. 30.4 LAI. (b) Conversión de la adopción simple en una adopción plena «extranjera» (= según las previsiones de un Derecho extranjero).

33. Los foros de competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la conversión de una adopción simple en adopción plena son los que siguen (art. 15.2 LAI): (a) Adoptado español o con residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud. (b) Adoptante español o con residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud. (c) Adopción constituida por autoridad española. Pueden igualmente los interesados instar la conversión de la adopción simple o menos plena en una «adopción plena española» con arreglo al procedimiento específico previsto en el art. 30.4 LAI. (d) Pueden también instar *ex novo* la constitución de una adopción plena «española» en relación con un sujeto que ha sido adoptado en forma simple o menos plena en un país extranjero (= opción interesante en el caso de que el Derecho extranjero regulador de la adopción simple no permita su conversión en una adopción plena, aunque la nueva adopción plena española no producirá muy probablemente, efectos legales en el país extranjero). El «contacto» de la adopción simple con la esfera jurídica española (= garantizado por la concurrencia de un foro de competencia judicial internacional en el momento en el que se solicita la conversión de la adopción simple en plena), asegura que la adopción simple a transformar en adopción plena está «integrada» en la sociedad española. Por tanto, España no se convierte, automáticamente, en un «país-oasis» para la conversión de todas las adopciones simples del mundo en adopciones plenas (= si no concurre ningún foro de competencia judicial internacional recogido en el art. 15 LAI, la transformación de la adopción simple en adopción plena por las autoridades españolas resulta imposible).

34. Como se observa, se trata de los mismos foros de competencia judicial internacional ya previstos para la constitución de la adopción internacional en España, a los que se suma «un foro más». Este «foro añadido» es, en concreto, el hecho de que se trate de una adopción «no plena» constituida por

las autoridades españolas. Tras la Ley 21/1987, no cabe en Derecho español ya la adopción «simple» o «menos plena», sino sólo la adopción plena, salvo en ciertos supuestos muy excepcionales³⁷. Sin embargo, debe indicarse al respecto que los tribunales españoles pueden constituir adopciones con arreglo a Leyes extranjeras que admitan adopciones «simples» o «no plenas» (art. 21 LAI).

35. Para facilitar la adopción plena «española» del adoptado en forma simple «extranjera», el art. 30.4.I *in fine* y II LAI disponen lo siguiente: a) La adopción simple o menos plena será considerada como un «acogimiento familiar» (= aunque sólo a los efectos de su conversión en una adopción plena española, puesto que si ése no es el objetivo perseguido, la adopción simple surte en España los efectos de una adopción simple, y no de un «acogimiento familiar»: art. 30.1 y 2 LAI). b) Para instar el correspondiente expediente judicial no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente. Este paso ahorra toda la «fase administrativa» que es exigible, en principio, a las adopciones que se constituyen ante autoridad española (art. 176 Cc.). La DGRN ya había observado las ventajas de considerar una adopción simple como un «acogimiento familiar de tipo español» a los solos efectos de su conversión en adopción plena. La referencia que hace el art. 30.4.I LAI a esta equiparación entre instituciones legales debe ser entendida, como se ha avanzado, en el sentido de que tal equiparación se realiza a los solos efectos de la posterior conversión de la adopción simple «extranjera» en adopción plena «española».

36. Por otra parte, resulta conveniente recordar que las normas de conflicto recogidas en los arts. 18-23 LAI señalan la Ley aplicable tanto a la adopción plena como a la adopción simple. En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual presente o futura en España, la Ley que rige la adopción es la Ley sustantiva española, por lo que no cabrá constituir una adopción simple por juez español (= esa adopción se integra en la sociedad española y la sociedad española se rige por la Ley española, que no admite la adopción simple). En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual presente fuera de España y no vaya a ser trasladado a España para fijar su residencia habitual en España, la adopción se regirá por una Ley extran-

³⁷ Art. 178 Cc.: «1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior. 2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso corresponda: 1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir. 3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales».

jera (= pues dicha adopción afecta a la sociedad «extranjera», no a la sociedad «española»). Si en dicha Ley se contempla la adopción simple, el juez español podrá constituir dicha adopción simple. El juez español podrá, sin embargo, rechazar la constitución de tal adopción simple regida por una Ley extranjera si considera que dicho ordenamiento produce consecuencias contrarias al orden público internacional español y, en particular, porque la adopción simple no encaje con el interés superior del menor (= ya que puede observarse que la adopción simple podría perjudicar al menor si otra institución de protección de éste le resulta más conveniente). La posibilidad de constituir una adopción plena por parte de autoridades españolas es lógica, pues si se permite que tengan eficacia legal en España las adopciones simples como tales «adopciones simples», resulta difícil negar la constitución en España de tales adopciones simples cuando una Ley extranjera así lo determine³⁸.

3. Competencia judicial internacional para la modificación o revisión de una adopción

37. Los foros de competencia judicial internacional que permiten a los tribunales españoles modificar o revisar una adopción internacional son los que siguen (art. 15 LAI): a) Adoptado español o con residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud. b) Adoptante español o con residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud. c) Adopción constituida por autoridad española.

38. En el caso de modificación de una adopción constituida por autoridad extranjera, dicha adopción debe haber sido «reconocida en España» a través los mecanismos legales establecidos. Los tribunales españoles pueden modificar o revisar resoluciones extranjeras de adopción. Ello no supone ninguna lesión de la Soberanía del Estado cuyos tribunales dictaron la sentencia originaria. El Derecho español guarda silencio absoluto en torno a la necesidad o no necesidad de un previo «reconocimiento» de la sentencia extranjera a modificar por los tribunales españoles. El art. 15 LAI exige tal previo «reconocimiento». El precepto sigue, así, la tesis de los tribunales que habían exigido, para poder modificar la sentencia extranjera, que ésta hubiera ganado en España su previo reconocimiento (AAP Castellón 13 septiembre 2005, AAP Madrid 30 noviembre 2005). Argumento: sólo puede modificarse la sentencia extranjera que ha surtido en España los «efectos constitutivos».

³⁸ Sobre la cuestión, vid. J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 370.

39. Existen muy buenas razones para la presencia de este art. 15.3 LAI, algunas de las cuales pueden sintetizarse en las siguientes: 1.º) Los conceptos de «anulación», «nulidad», «revisión» y «revocación» de la adopción presentan un alcance muy distinto en los diferentes Derechos estatales (R. ESPINOSA CALABUIG, D. OPERTTI BADAN³⁹). Por ello, el art. 15 LAI ha recogido foros de competencia judicial internacional en materia de revisión o modificación de la adopción, nulidad y conversión de ésta. El objetivo es claro: que no pueda excluirse la competencia judicial internacional de los tribunales españoles por ejercitar una acción para la que no hay previsto un foro específico de competencia judicial internacional en el DIPr. español. 2.º) La «revisión» de una resolución sobre adopción puede ser perfectamente posible en Derecho extranjero. Así ocurre en Derecho belga: el art. 351 del Código Civil belga, en redacción dada por el art. 2 de la Ley de 24 abril 2003, aplicable a partir del 1 septiembre 2005, contempla la revisión de la adopción, ya que en Derecho belga, «la adopción no puede ser atacada por vía de nulidad» (art. 349.3 Código civil belga). Lo que existe es una «revisión de la adopción», no una posible declaración de «nulidad» de la adopción (= *vid.* también, en sintonía con ello, el art. 66.IV Código belga de DIPr de 16 julio 2004⁴⁰). En determinados Derechos extranjeros, la revisión de la adopción puede ser equivalente a lo que en Derecho español es la declaración de «nulidad de la adopción». Pero no tiene por qué ser así. En efecto, debe recordarse que, de nuevo en Derecho belga, la revisión de la adopción produce efectos *ex nunc* y no efectos *ex tunc*, que son los propios de la declaración de nulidad de una adopción y que las causas por las que una adopción puede ser objeto de «revisión» son diferentes de las causas por las que puede ser declarada, en su caso, su nulidad (*vid.* art. 351 *in fine* Código civil belga). 3.º) El art. 15.3 LAI es también una «norma prospectiva», que regula la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para casos de revisión o modificación de la adopción que puedan establecerse en Derecho español o en otro Derecho extranjero en España en el futuro. 4.º) Existe en la actualidad una tendencia a regular las «obligaciones post-adoptivas» de los adoptantes. Pues bien, en previsión de futuro, el art. 15.3 LAI contempla la «modificación de la adopción» para cubrir los casos en los que el tribunal pueda o deba «alterar» o «perfilear» estas obligaciones post-adoptivas asumidas por los adoptantes.

³⁹ R. ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional en España», *RGD*, 2000, n. 667, pp. 4344-4361, esp. p. 4352; D. OPERTTI BADAN, «L'adoption internationale», *RCADI*, 1983-II, pp. 295-412.

⁴⁰ Art. 66.IV Ley belga DIPr. 16 julio 2004: «*Les juridictions belges sont compétentes pour prononcer la révision d'une adoption aux conditions visées à l'alinéa 1er, si l'adoption a été établie en Belgique ou si une décision judiciaire établissant l'adoption a été reconnue ou déclarée exécutoire en Belgique*».

VI. COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LOS CÓNSULES ESPAÑOLES EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

40. La adopción consular es una figura ligada a tiempos pasados (J. A. PARÍS ALONSO, M. PAZ AGÜERAS⁴¹). En efecto, esta figura se creó para que los colonos occidentales desplazados a América y otros países muy alejados de la metrópoli pudieran constituir adopciones en Estados que no disponían de autoridades al efecto. La LAI no ha eliminado la adopción consular. Aunque se ha dicho, no sin acierto, que la adopción consular genera una «escasa práctica» (C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES, N. BOUZA VIDAL, J. M. ESPINAR VICENTE, P. RODRÍGUEZ MATEOS⁴²), esta adopción consular puede resultar útil en ciertas ocasiones en las que quizás puede operar en interés del menor adoptando (A. DURÁN AYAGO, J. M. PAZ AGÜERAS) y sintoniza con la labor general de los Cónsules en materia de estado civil (P. RODRÍGUEZ MATEOS⁴³). Pues bien, en todo caso, el Cónsul debe disponer de «competencia internacional» para constituir la adopción. Al respecto cabe subrayar estos datos (art. 17 LAI).

41. El art. 5.f) del Convenio de Viena de 24 abril 1963 sobre relaciones consulares indica que el «Estado receptor» puede negar a los cónsules extranjeros la posibilidad de constituir adopciones consulares en su terri-

⁴¹ J. A. PARÍS ALONSO, *Manual de Registro Civil para los Registros Civiles Consulares*, 3.ª ed., Madrid, 1996; J. M. PAZ AGÜERAS, «La adopción consular. El problema de la propuesta previa», *BIMJ*, núm. 1552, 1990, pp. 519-539; ID., *La adopción consular*. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990.

⁴² C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2008, p. 357; P. RODRÍGUEZ MATEOS, «Art. 9.5 Cc.», *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2.ª ed., 1995, pp. 242-259; J. M. ESPINAR VICENTE, «La modificación del art. 9.5 Cc. en el Proyecto de reforma sobre adopción», *RJ La Ley*, 1986, pp. 996-1002; ID., «La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)», *AC*, 1997, pp. 757-771; J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 372-374; N. BOUZA VIDAL, «La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en Derecho internacional privado», *RGLJ*, 1987, pp. 897-931.

⁴³ A. DURÁN AYAGO, «La filiación adoptiva en el ámbito internacional», *La Ley*, núm. 5272, 21 marzo 2001, pp. 3-14; ID., «El papel de las entidades colaboradoras de adopción internacional», en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 325-346; J. M. PAZ AGÜERAS, «La adopción consular. El problema de la propuesta previa», *BIMJ*, núm. 1552, 1990, pp. 519-539; ID., *La adopción consular*. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990; M. A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 296-305; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, p. 137.

torio⁴⁴. Es el caso de Suiza (RDGRN 19 septiembre 1974). En estos supuestos, el Cónsul español no puede constituir la adopción y, si lo hace, la adopción será nula de pleno derecho tanto en el Estado en cuyo territorio ha actuado (= que tiene prohibido expresamente a los Cónsules extranjeros que constituyan adopciones en su territorio), como para España (= por falta de competencia internacional del Cónsul). El Estado receptor del Cónsul español puede negar a los Cónsules españoles la facultad de constituir adopciones en su territorio bien en su legislación interna, o bien mediante un «acto de voluntad política» (= decisión *ad hoc* dirigida a España o al Cónsul español en el extranjero). Ambos supuestos están previstos expresamente por el art. 17 LAI (= cuyo texto es meridiano al respecto cuando indica que: «[s]iempre que el Estado receptor no se oponga a ello, ni lo prohíba su legislación...»). El Estado extranjero receptor (= *Host State*) puede negar también que se constituyan adopciones en su territorio por Cónsules de otros países aunque sólo en el caso de que el adoptando ostente la nacionalidad del *Host State* (= Estado extranjero en cuyo territorio ejerce sus funciones el Cónsul español).

42. En el caso de que el «Estado receptor» permita a los Cónsules españoles acreditados en dicho Estado la constitución de adopciones internacionales, el Cónsul español sólo dispone de competencia para constituir adopciones si concurren, además, dos circunstancias de modo cumulativo: 1.º) El adoptante debe ser «español». 2.º) El adoptando debe tener su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente. Como antes se ha avanzado, en el caso de que el adoptando sea nacional del Estado extranjero en el que se halla acreditado el Cónsul español, dicho Estado puede privar a dicho Cónsul de la posibilidad de constituir una adopción internacional en su territorio (J. M. ESPINAR VICENTE, P. RODRÍGUEZ MATEOS⁴⁵).

⁴⁴ Art. 5 Convenio de Viena de Relaciones Consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963 (BOE núm. 56 de 6 de marzo de 1970): «*Funciones consulares. Las funciones consulares consistirán en: (...)* f) *actuar en calidad de Notario, en la de funcionario del registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor; (...)*». Vid. M. GUZMÁN PECES, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp. 233-236.

⁴⁵ J. M. ESPINAR VICENTE, «La modificación del art. 9.5 Cc. en el Proyecto de reforma sobre adopción», *RJ La Ley*, 1986, pp. 996-1002; ID., «La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)», *AC*, 1997, pp. 757-771; P. RODRÍGUEZ MATEOS, «Adopción internacional», *EJB*, 1995, pp. 353-354; ID., «Art. 9.5 Cc.», *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2.ª ed., 1995, pp. 242-259, esp. p. 250.

43. El art. 17 *in fine* LAI deja muy claro que la nacionalidad española del adoptante y la residencia habitual del adoptando se determinarán en el momento de inicio del expediente administrativo de adopción. Con ello, el precepto sigue los criterios sostenidos con anterioridad por la doctrina (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, C. ESPLUGUES MOTA⁴⁶).

44. El art. 17 LAI es técnicamente superior al viejo texto, ya derogado, que se contenía en el art. 9.5 Cc. y que regulaba la adopción consular por varias razones: 1.º) En efecto, este precepto se refería al concepto jurídico de «domicilio del adoptando». Ello hacía surgir dudas sobre la legislación que debía aplicarse para precisar dicho concepto de «domicilio». El legislador de la LAI concede la razón a los autores que sostenían que el «domicilio» debía precisarse con arreglo al Derecho sustantivo español y, en concreto, con arreglo al art. 40 Cc. (= precepto que identifica «domicilio» con «residencia habitual») (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁴⁷). 2.º) El art. 17 LAI emplea directamente el foro de competencia consular basado en la «residencia habitual» del adoptando, y elimina toda referencia al «domicilio». De ese modo, las dudas anteriores quedan zanjadas de raíz. La residencia habitual es un «criterio de hecho» y no un «concepto jurídico». En consecuencia, el Cónsul español debe acreditar que el adoptando dispone de su «centro social de vida» en el territorio de su demarcación consular, sin consultar el Derecho de ningún Estado en particular. Ello simplifica, sin duda, la aplicación de la norma.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

45. La regulación de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 de adopción internacional resulta particularmente interesante porque el legislador acoge posiciones vanguardistas, audaces, y, lo más importante, soluciones verdaderamente «creativas». El legislador que ha redactado la LAI ha dejado atrás posiciones dogmáticas, algebraicas, simplistas y ancladas en ideas fijas. Los arts. 14-15 LAI son preceptos auténticamente desafiantes. Admiten en su seno principios que parecen antagónicos y los combinan en una justa dosis. Consciente el legislador

⁴⁶ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Filiación y alimentos», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª edición, 1995, pp. 366-375, esp. p. 370; C. ESPLUGUES MOTA, «El 'nuevo' régimen jurídico de la adopción internacional en España», *RDIPP*, 1997, pp. 33-74.

⁴⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 8.ª ed., Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 181-191.

de la conveniencia de abrir la jurisdicción española de modo generoso para facilitar la constitución de adopciones internacionales, atempera dicha apertura mediante «cláusulas de desvinculación» que deben ser desarrolladas por los tribunales. La LAI cree en los jueces y en el desarrollo judicial de las soluciones legales. En los arts. 14-15 LAI se percibe que el legislador ha aceptado la idea de que el DIPr. español se construye mediante la adecuada combinación entre reglas «legales» (= previstas para los casos tipo, casos generales) y reglas de «creación judicial» (= para los casos más complicados, *Hard Cases*). El legislador ha sido también atrevido y valiente al regular la competencia judicial internacional en relación con instituciones legales no existentes en Derecho español, como la «revisión» de la adopción y las «adopciones simples». El legislador de 2007 ha sido «creativo». Ha practicado el «acto bisociativo», el «pensamiento lateral» y ha mostrado una tendencia muy interesante a «saltar de nivel». Ha planteado nuevos problemas y ha proporcionado nuevas soluciones sin temor. Todo este arsenal de técnicas intelectuales ha sido empleado por el legislador en la construcción de buena parte de las soluciones legales en relación con la competencia judicial internacional en materia de adopción. El legislador español de 2007 ha sabido cómo relacionar entre sí ideas lejanas *to bring things together*. Ha sido capaz de asumir y combinar ideas que, contempladas de modo aislado, a otros sujetos les parecen contradictorias o imposibles. Ha sido un legislador muy receptivo a las ideas de otros legisladores, de los tribunales y de la doctrina. El legislador de 2007 ha sabido «pensar en direcciones opuestas», aceptar la contradicción. Y lo más importante, el legislador de 2007 responsable de la LAI ha sabido asumir el reto de «dejar abiertas las conclusiones». Para el legislador, la Ley 54/2007 es una *opera aperta* (= el texto escrito de la LAI «crece» con la aportación de quien lee dicho texto, de quien lo aplica y de quien lo explica). En el fondo, el legislador concibe la LAI como una «creación coral». El legislador responsable de la LAI no ha temido la ambivalencia, ni la contradicción ni la complejidad, porque todo ello conforma un «caldo intelectual» que opera como un auténtico estímulo para una más justa aplicación del sistema jurídico. El legislador español responsable de la LAI 2007 ha sido un legislador creativo.

¿Hacia una civilización universal? Una crítica del «choque de civilizaciones» de Huntington

Manuel M.^a Urrutia León
Profesor de Sociología del Hecho Religioso
Universidad de Deusto

Recibido: 01.10.08

Aceptado: 22.10.08

Resumen: Desde su aparición en 1993, la teoría del «choque de civilizaciones» del politólogo Samuel P. Huntington se ha convertido en una de las más divulgadas y debatidas. En este artículo, tras una minuciosa lectura del libro de Huntington, se realiza una serie de críticas fundamentales a su paradigma para la política global: su concepción cerrada de las civilizaciones, su visión negativa de la diversidad cultural, su relativismo cultural, etc. Para concluir defendiendo un paradigma alternativo para las relaciones internacionales: el de un diálogo intercultural basado en el núcleo universalista de la democracia y los derechos humanos.

Palabras clave: Choque de civilizaciones. Diversidad cultural. Islam. Universalismo.

Abstract: *From its appearance in 1993, the theory of the «clash of civilizations» of the political scientist Samuel P. Huntington has turned into one of the most spread and debated. In this article, after a meticulous reading of the book of Huntington, a series of fundamental critiques are presented to his paradigm for the global politics: his closed conception of the civilizations, his negative vision of the cultural diversity, his cultural relativism, etc. To end up by defending an alternative paradigm for the international relations: that of an intercultural dialogue based on the universal nucleus of the democracy and the human rights.*

Key words: *Clash of civilizations. Cultural diversity. Islam. Universalism.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Un nuevo paradigma en relaciones internacionales: el «choque de civilizaciones».—3. El desafío de la diversidad cultural.—4. ¿Una civilización universal?—5. Conclusión: ¿hacia dónde va la política global?—6. Bibliografía citada.

1. Introducción

Los sociólogos deben levantarse temprano y recorrer desde el amanecer el nuevo paisaje que han creado las perturbaciones de la noche. No pueden aplicar a unas realidades nuevas interpretaciones cuya extrema elaboración sólo había podido formarse tras una larga jornada de análisis y de reflexión. Su papel consiste ante todo en señalar discontinuidades, en no mirar hacia las luces del pasado sino más bien hacia la confusión de la realidad visible y formular la interrogación más inquietante: si las institu-

ciones han perdido su capacidad de regulación y de integración, ¿qué fuerza puede acercar y combinar desde este momento una economía transnacional y unas identidades infranacionales? [...].

¿Cómo podemos vivir juntos?, es decir, ¿cómo podemos combinar la igualdad y la diversidad? (Touraine, 1997: 22 y 230).

Las palabras de Alain Touraine, escritas casi a la vez que el libro de Huntington, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, son una buena introducción para el presente artículo. En esencia, la pretensión de las obras de ambos pensadores era muy similar, si bien ahí acaban las coincidencias y todo lo demás –planteamiento, desarrollo y conclusiones– son ciertamente diferentes. Nos encontramos, sugiere Touraine, en una nueva época, oscura, desconcertante. La manera en que la globalización va imponiéndose a lo largo del mundo ha resquebrajado hasta los cimientos mismos nuestras construcciones prolongadamente asentadas. La perplejidad es el signo de nuestro tiempo. No sólo se ha trastocado nuestra realidad, que aparece presidida por la confusión, sino que muchas de las categorías del pensamiento con las que nos acercábamos a ella, en nuestras ciencias humanas y sociales, se han vuelto inadecuadas. Necesitamos tiempo, que no tenemos, para renovarlas o aun para crearlas, si queremos incidir en una realidad que no espera a que estemos preparados. Y entre todos los interrogantes acuciantes que debemos plantearnos descuella uno, el que Touraine escribió en la portada de su libro, «¿Podremos vivir juntos?», al que acompañó con el par de conceptos y de realidades que hemos de tratar de conjugar si queremos que el mundo no se nos vaya, más aún, de las manos: «*Iguales y diferentes*».

Pues bien, como decía, creo que se puede leer muy bien la obra de Huntington a través del contrapunto establecido por la de Touraine. En efecto, Huntington trata de ofrecernos un nuevo paradigma para interpretar nuestra confusa realidad –que define a su manera–, pero mucho me temo que se le va la mano con lo «diferentes» que al parecer somos (las culturas, las civilizaciones), y olvida, o cuanto menos minimiza de forma preocupante, lo «iguales» que también somos (los humanos), con lo que obviamente el objetivo fundamental que se planteaba el sociólogo, qué hacer para poder convivir, apenas hace acto de presencia entre los varios cientos de páginas de la obra de Huntington dedicadas, casi en su totalidad, a anunciar un casi inevitable choque entre civilizaciones. Pero no nos adelantemos.

Estamos ante un libro famoso y, como suele ocurrir en estos casos, sobre todo si el texto es extenso, muchos presuntos críticos hablan de él sin haberlo leído cuidadosamente. Creo que el asunto del que trata es tan importante, que bien merece una lectura detenida. Sólo así las críticas que le podamos plantear cobrarán todo su sentido. Máxime cuando se trata de un libro extraño, no banal, aunque sí enormemente tajante en sus afirmaciones. Conuerdo plenamente con estas palabras de Martínez, referidas al artículo inicial de Huntington (1993), pero que muy bien pueden aplicarse igualmente a su libro posterior (1996):

En el tema mismo, en los diversos capítulos a lo largo de los cuales el autor lo va exponiendo y analizando, Huntington es de una contundencia conceptual, léxica y sintáctica total, de un rigor innegable, tanto que podría ser entendido también como excesiva rigurosidad.

El suyo es un texto en el que no se atisba el mínimo resquicio por el que se cuele ni el interrogante ni la hipótesis, no hace la menor concesión, no ya a una incipiente dialéctica, sino ni tan siquiera al moderado contraste. Quizá esto les parezca a algunos una simple cuestión de estilo, de forma. Yo creo que es algo más: cuestión de fondo [...].

Sea lo que sea a mí me sigue pareciendo extraño, me produce perplejidad y desazón al tiempo, que el autor no se haga pregunta alguna a todo lo largo de su exposición medular, que parezca estar plena y absolutamente convencido de lo sólido y cierto de su argumentación. ¡Dichoso él! (Martínez, 2002: 76).

Creo que es esta contundencia, esta seguridad a la hora de hacer afirmaciones tan graves, una de las cosas que más puede irritar al lector atento y que hace más preocupantes algunas de sus aseveraciones y sobre todo algunos de sus silencios más clamorosos. Pero comencemos por acercarnos a sus principales ideas.

2. Un nuevo paradigma en relaciones internacionales: el «choque de civilizaciones»

Después del derrumbe de la URSS, todo cambió bruscamente en el panorama internacional. La Guerra Fría acababa con el triunfo de uno de sus contendientes y la hegemonía de los EE. UU. parecía incuestionable. Tras el fracaso definitivo del comunismo, el neoliberalismo se convirtió en la ideología dominante, en el «pensamiento único» que legitima el sistema liberal que domina y dirige la globalización económica mundial.

Por lo que se refiere a la nueva situación internacional, la potencia hegemónica hubo de plantearse, a nivel estratégico, cuál iba a ser a partir de ahora su manera de actuar ante las nuevas correlaciones de fuerzas y frente a los nuevos desafíos que se le planteaban al poder estadounidense a nivel mundial. Pronto irán entrando en liza dos posturas bien diferentes, hasta el punto de que a mediados de la década de los años 1990, el Equipo de Asuntos Exteriores del gobierno estadounidense aparecía dividido en dos grandes corrientes ideológicas.¹ Por un lado los partidarios de una «política multilateral», representados por Colin Powell y el Departamento de Estado, que

¹ Sigo en este punto a Gilles Kepel, que, en el primer capítulo, «La revolución neoconservadora», de un libro reciente (2004: 53-82), hace una buena presentación de dichas corrientes con relación directa al tema que nos ocupa.

defienden una postura pragmática, la utilización de los instrumentos multilaterales, como la ONU, tratando de hacer valer en ellos el peso preponderante de los EE. UU. Frente a esta corriente, cada vez se va dejando notar con más fuerza la influencia de los neoconservadores en las altas esferas políticas. Sus representantes en Exteriores, con Paul Wolfowitz y un grupo de civiles del Pentágono a la cabeza, son partidarios de una «política unilateral», defendiendo una transformación radical del orden anterior que reflejara la hegemonía estadounidense. Propugnan exportar la «democracia americana» por el mundo utilizando todos los medios necesarios y sin contar con las instancias internacionales que consideran obsoletas.²

Con este telón de fondo, y en una situación de gran incertidumbre debida a los profundos cambios habidos en la esfera internacional, van a ir surgiendo nuevos modelos teóricos que tratan de hacerse cargo de la situación mundial emergente.

Entre ellos van a destacar dos planteamientos que serán enormemente publicitados, como son las ya famosas tesis de *El fin de la historia* de Francis Fukuyama y de *El choque de civilizaciones*, de Samuel Huntington.³

El primero, de Fukuyama, por cierto antiguo alumno de Huntington, era mucho más optimista respecto a la situación mundial, al pensar que tras el derrumbe del comunismo la democracia liberal se quedaba sin rivales alternativos. Con la economía de mercado y la democracia liberal, junto con ciertas instituciones internacionales basadas en leyes, normas y valores comunes como horizonte final, la historia había llegado en lo esencial a su fin. Como escribe Huntington: «*Un solo mundo: euforia y armonía*. Un paradigma profusamente formulado se basaba en la suposición de que el final de la guerra fría significaba el final de todo conflicto importante en la política global y el comienzo de un mundo relativamente armonioso» (2005: 34).

Muy distinto iba a ser el análisis de Huntington, cuyo primer paso a la presentación de su paradigma sería cuestionar la validez explicativa de los posibles modelos alternativos, entre ellos, obviamente, el de Fukuyama, al que reprocha su optimismo injustificado. Ni un solo mundo, ni mucho menos armónico.

² Kepel cita un más que revelador texto de Paul Wolfowitz, *Defense Planning Guidance Paper*, de 1992, donde se aboga por la afirmación del poder estadounidense en cualquier parte del mundo donde estén en juego intereses americanos vitales, entre los que destacan el aprovisionamiento del petróleo y la seguridad del Estado de Israel (Kepel, 2004: 60).

³ El gran éxito mediático de ambos textos –los dos libros se han convertido en auténticos *bestsellers*–, no es ajeno al contexto de auge de las ideologías neoliberal y neoconservadora. De hecho, importantes grupos industriales y financieros invierten ingentes sumas de dinero en el patrocinio de *think-tanks*, fundaciones y centros de investigación (como, por ejemplo, la Fundación *Olin-Mathieson Chemical Company*), con el objetivo de promocionar y legitimar el sistema liberal que dirige la globalización económica mundial (Quintanas, 2002: 239-241). El propio Huntington dirigió hasta el año 2000 el *John M. Olin Institute for Strategic Studies*, sito en la Universidad de Harvard.

Por lo que respecta a la tesis de Samuel P. Huntington, todo se originó en 1993, en que el politólogo estadounidense, profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Harvard y especialista en Política Internacional, escribió un artículo en la revista *Foreign Affairs* titulado «The clash of civilizations?»⁴ El artículo, de título provocativo y con gancho periodístico, tuvo un enorme eco publicitario y también recibió importantes críticas, entre otras cosas por presentar en tan pocas páginas un asunto de tanta trascendencia para las relaciones internacionales, por lo que el autor decidió tomarse su tiempo y explicarse mejor. En 1996 apareció un extenso libro, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, donde trataba de fundamentar su tesis con amplitud y planteaba un nuevo paradigma para la política global. «El presente libro no es, ni pretende ser, una obra de ciencias sociales. Intenta ser más bien una interpretación de la evolución de la política global tras la guerra fría. Aspira a ofrecer una estructura, un paradigma, para ver la política global» (Huntington, 2005: 14).

Su tesis es que, después de la guerra fría, la política mundial, impulsada por la modernización económica y social, se está reconfigurando de acuerdo con criterios culturales. Desaparecida la política de bloques entre las dos superpotencias, la URSS y los EE. UU., lo que une y separa a los individuos ya no es la ideología, o el interés, sino que ahora el elemento fundamental ha pasado a ser la «identidad».

En el mundo de la posguerra fría, las distinciones más importantes entre los pueblos no son ideológicas, políticas ni económicas; son culturales. Personas y naciones están intentando responder a la pregunta más básica que los seres humanos pueden afrontar: ¿quiénes somos? Y la están respondiendo en la forma tradicional en que los seres humanos la han contestado, haciendo referencia a las cosas más importantes para ellos. La gente se define desde el punto de vista de la genealogía, la religión, la lengua, la historia, los valores, costumbres e instituciones. Se identifican con grupos culturales: tribus, grupos étnicos, comunidades religiosas, naciones y, en el nivel más alto, civilizaciones. La gente usa la política no sólo para promover sus intereses, sino también para definir su identidad [...].

La pregunta: «¿De qué lado estás?» ha ido reemplazada por esta otra, mucho más fundamental: «¿Quién eres?» [...]. «¿Quiénes somos?», «¿adónde pertenecemos?» y «¿quién no es de los nuestros?» [...]. Al

⁴ Samuel P. Huntington nació en 1927. Fue fundador y coeditor de la revista *Foreign Policy* (1970-1977), miembro del Consejo de Seguridad Nacional de la Casa Blanca (1977-1978), director del *John M. Olin Institute for Strategic Studies* (Universidad de Harvard) (hasta 2000) y Presidente del *Harvard Academy for International and Area Studies* entre otros cargos. El artículo, significativamente, formaba parte de un proyecto de investigación del Instituto Olin sobre «El entorno de seguridad cambiante y los intereses nacionales americanos». Puede leerse en castellano en (Huntington, 2002).

habérselas con una crisis de identidad, lo que cuenta para la gente es la sangre y las creencias, la fe y la familia (*Ibidem*: 22 y 165-166).

Rechazando con vehemencia otro tipo de explicaciones alternativas, singularmente que la modernización económica y social esté produciendo la occidentalización del resto de las sociedades y mucho menos aún una civilización universal. El mundo no tiende a la unidad, del tipo que sea, sino todo lo contrario, las distintas civilizaciones tienen, mantienen y refuerzan sus diferencias sustantivas en cuanto a sus presupuestos filosóficos, valores subyacentes, relaciones sociales, costumbres y puntos de vista globales sobre la vida. Por otro lado, para Huntington, lo repite en numerosas ocasiones, la religión es el elemento definitorio más importante de las civilizaciones –cuatro de las cinco grandes religiones mundiales: cristianismo, islam, hinduismo y confucianismo se asocian con grandes civilizaciones–, por lo que la revitalización de la religión que se estaría produciendo a lo largo del mundo estaría reforzando las diferencias culturales.

En conclusión, que toda la política global va a girar en torno a las civilizaciones. «El tema central de este libro es el hecho de que la cultura y las identidades culturales, que en su nivel más amplio son identidades civilizacionales, están configurando las pautas de cohesión, desintegración y conflicto en el mundo de la posguerra fría» (*Ibidem*: 20).

Pues si bien los Estados-nación, reconoce Huntington, siguen siendo los actores principales de los asuntos mundiales, éstos definen sus intereses cada vez más desde la perspectiva civilizacional. «Por primera vez en la historia, la política global es a la vez multipolar y multicivilizacional», sentencia Huntington. Señalando la existencia de unas siete u ocho civilizaciones que agruparían a los aproximadamente 340 Estados existentes: China o símica, Japonesa, Hindú, Islámica, Ortodoxa, Occidental, Latinoamericana y, posiblemente, escribe, Africana.

Por otra parte, está cambiando el equilibrio de poder entre las civilizaciones. La modernización, e inclusive la democratización, en su extensión por el mundo están fortaleciendo las culturas autóctonas y reduciendo la influencia y el poder relativos de Occidente. La fase de influencia unilateral de Occidente sobre el resto está siendo sustituida por una fase de interacciones intensas y sostenidas entre todas las civilizaciones en múltiples direcciones.

Y a esta reafirmación cultural e identitaria frente a Occidente está contribuyendo de manera decisiva la reafirmación religiosa que se está produciendo a lo largo del mundo. Pues para Huntington la religión tiene una gran importancia en el mundo moderno: «la religión es una fuerza fundamental, quizá la fuerza fundamental, que motiva y moviliza a la gente» (2005: 84). Se opone, por tanto, a aquellos «analistas que restan importancia a este factor», sobre todo desde la perspectiva de su tesis. «Milenios de historia humana han demostrado que la religión no es una “pequeña diferencia”, sino posiblemente la diferencia más profunda que puede existir entre la gente» (*Ibi-*

dem. 344). Con la religión sucede lo mismo que con la cultura en general, que viene a ser aquello que sobre todo separa y divide a los seres humanos. De hecho para Huntington, y con ello podemos decir que se cierra el círculo, «dado que la religión es la principal característica definitoria de las civilizaciones, las guerras de línea de fractura se producen casi siempre entre pueblos de religiones diferentes» (*Idem*).

Pero es que, además, la religión está «resurgiendo» a lo largo de todo el mundo, si bien reconoce que su «fuerza relativa no ha cambiado espectacularmente». ⁵ ¿Cuál es la razón que explica este resurgir de la religión? Para él está claro, pues lo repite numerosas veces: la causa más obvia son «los procesos de modernización social, económica y cultural que se difundieron por todo el mundo en la segunda mitad del siglo XX» (*Ibidem*: 126). Lo que se reaviva en el seno de las grandes religiones es un tipo de religiosidad tradicional, y los movimientos fundamentalistas sólo representan una «ola superficial» de una marea religiosa muchísimo más amplia. Una religión con un cariz profundamente conservador, que cumple una función compensadora de los «traumas» que causa la modernidad en los individuos, pues la modernidad supone la ruptura de las relaciones tradicionales e implica una crisis de identidad en ellos, les produce extrañamiento y anomia, y la religión les proporciona la identidad que precisan. Sobre todo va a subrayar la gran importancia del «renacimiento islámico», movimiento generalizado y de carácter mayoritariamente moderado, al que califica de acontecimiento histórico trascendental, que afecta a una quinta parte de la humanidad, y que «al menos es tan trascendental como la Revolución americana, la Revolución francesa o la Revolución rusa [...] y que es semejante y comparable a la Reforma protestante en la sociedad occidental» (Huntington, 2005: 145n). Renacimiento religioso que, como en el caso de las demás religiones no occidentales, es un producto de la modernización y a la vez un enfrentamiento a ella. Tales religiones suponen un rechazo no tanto de la modernización como de la occidentalización.

El resurgimiento religioso en todo el mundo es una reacción contra el laicismo, el relativismo moral y los excesos, y una reafirmación de los valores del orden, la disciplina, el trabajo, la ayuda mutua y la solidaridad humana [...].

Además de los traumas psicológicos, emocionales y sociales de la modernización, otros estimulantes del renacimiento religioso serían la retirada de Occidente y el final de la guerra fría [...].

⁵ De hecho, las cifras (porcentajes) que él mismo maneja no avalan tal resurgimiento, al menos, numérico. Entre 1970 y las estimaciones previstas para el 2000, el total de cristianos desciende en un 1,4%, los musulmanes aumentan en un 3,9%, y los «sin religión» aumentan también un 2,1%. Para el mismo periodo, los religiosos en total descienden un 1,5% mientras que los «sin religión» y los ateos aumentan en un 1,7% (Huntington, 2005: 82).

La religión ha tomado el relevo a la ideología, y el nacionalismo religioso reemplaza al nacionalismo laico. Los movimientos favorables al renacimiento religioso son antilaicos, antiuniversalistas y, salvo en sus manifestaciones cristianas, antioccidentales [...]. Por lo general no rechazan la urbanización, la industrialización, el desarrollo, el capitalismo, la ciencia ni la tecnología [...].

El renacimiento de religiones no occidentales es la manifestación más intensa de antioccidentalismo de las sociedades no occidentales. Dicho renacimiento no es rechazo de la modernidad; es rechazo de Occidente y de la cultura laica, relativista y degenerada asociada con Occidente. Es un rechazo de la llamada «occidentoxicación» de las sociedades no occidentales. Es una declaración de independencia cultural respecto a Occidente, una declaración orgullosa: «Queremos ser modernos, pero no queremos ser vosotros» (Huntington, 2005: 128, 130, 131 y 133).⁶

Pero no es sólo que múltiples identidades culturales y civilizacionales configuren por completo el nuevo mundo, sino que las civilizaciones al reafirmarse y pretender extenderse –Huntington se refiere sobre todo a Occidente y al islam–, parecen condenadas a chocar entre sí. El concepto de «choque de civilizaciones» lo toma de Bernard Lewis, cuyas palabras, escritas al analizar «Las raíces de la ira musulmana», son citadas tanto en el artículo inicial como en el libro. El desafío al que nos enfrentamos, apuntaba Lewis...

Es nada menos que un choque de civilizaciones –esa reacción quizá irracional, pero ciertamente histórica, de un antiguo rival contra nuestra herencia judeo-cristiana, nuestro presente laico y la expansión de ambos por todo el mundo–. Es de importancia crucial que, por nuestra parte, eso no nos mueva a una reacción igualmente histórica, pero también igualmente irracional, contra ese rival (Citado por Huntington, 2005: 285).

El núcleo fundamental de su tesis, lo reconoce Huntington y no en vano da título a sus dos textos, radica en ese más que previsible «choque»: «mi

⁶ En otro lugar (Urrutia, 2007), me he ocupado de esta presunta «vuelta» de la religión que, muy especialmente en el caso del fundamentalismo, se trata más bien del fracaso político y social de la modernización. «El fundamentalismo es el fruto de una modernización desarraigadora, a cuyo extravío ha contribuido decisivamente nuestra historia colonial y una descolonización fracasada» (Habermas, 2006: 110). La religión, en esta época de «reconfiguración global» se convierte en un lugar privilegiado de lo político, de su instrumentalización. Estos movimientos, «lejos de manifestar un «retorno de lo religioso», atestiguan su desaparición, señalando un vacío, un déficit de la política en el momento presente, masivo y cruel, que carecería incluso de términos *políticos* que permitirían expresarla. De ahí el recurso a lo religioso, como registro del discurso, como lenguaje» (Michel, 1994: 108). Quizás sea por esta instrumentalización de la religión al servicio de la «identidad», o como mitigadora de los «traumas de la modernidad», por lo que Huntington se permite decir que el «paradigma civilizatorio» podría haber predicho el aumento del fundamentalismo a lo largo del mundo (2005: 43).

tesis de que la dimensión fundamental y más peligrosa de la política global que está surgiendo sería el conflicto entre grupos de civilizaciones diferentes» (*Ibidem*: 13). De hecho, Huntington cree que ya nos encontramos en una fase de «cuasi guerra» entre civilizaciones. Los peligros fundamentales radican en las pretensiones universalistas de Occidente, en el islam —«convencido de la superioridad de su cultura y obsesionado con la inferioridad de su poder»— y en China.

Es probable que en el futuro los choques más peligrosos surjan de la interacción de la arrogancia occidental, la intolerancia islámica y la autoafirmación sínica [...].

Mientras que, en el plano macro o global de la política mundial, el choque fundamental de civilizaciones se da entre Occidente y las demás, en el plano micro o local se da entre el islam y las demás (*Ibidem*: 243 y 346).

Y es sobre todo el islam —no el fundamentalismo islámico, apostilla, sino la civilización islámica como tal— el elemento más desestabilizador, pues ha sido de hecho, lo que apoya con datos empíricos, el que ha estado en los últimos tiempos envuelto en más conflictos violentos con las demás civilizaciones. Y no duda en reiterar, considerándola probada, una afirmación de su artículo que fue enormemente polémica: «El islam tiene unas fronteras sangrientas» (*Ibidem*: 349n).

Pero si bien una guerra entre Occidente y el resto de las civilizaciones no es inevitable, sí que es posible (*Ibidem*: 410), por lo que al final de su libro establecerá tres normas de actuación que, a su juicio, pudieran contribuir a evitarla. Principalmente la «norma de abstención», es decir, que «los Estados centrales deben evitar intervenir en conflictos dentro de otras civilizaciones» (*Ibidem*: 431), y la «norma de los atributos comunes» por la que «los pueblos de todas las civilizaciones deben buscar e intentar ampliar los valores, instituciones y prácticas que tienen en común con los pueblos de otras civilizaciones» (*Ibidem*: 436).

Tema este último de los «atributos comunes», decisivo, y sobre el que volveremos en detalle más adelante al repasar críticamente los planteamientos de base más débiles y cuestionables del planteamiento de Huntington.

3. El desafío de la diversidad cultural

Inicialmente, la diversidad cultural, uno de los más importantes desafíos de nuestro mundo globalizado, puede ser vista bien como algo positivo, como una oportunidad de enriquecimiento mutuo para las personas y los grupos, o bien como algo negativo, como un riesgo permanente de conflictos sociales. Huntington renuncia prácticamente a la primera de las posibilidades en su análisis y siempre tiende a ver al «otro» como un peligro potencial.

Es verdad que Huntington se hace eco de una serie de hechos, lo que se ha convenido en englobar bajo la denominación de «políticas de la identidad», que desgraciadamente están a la orden del día en nuestro convulso mundo globalizado. Como reconoce el *Informe sobre Desarrollo Humano* de la ONU para 2004:

La novedad, hoy, es el surgimiento de la política de la identidad. En contextos muy diferentes y de modos también diversos [...], la gente vuelve a movilizarse en torno a antiguos resentimientos de carácter étnico, religioso, racial y cultural y exige el reconocimiento, la valoración y la acogida de su identidad por parte de la sociedad en su conjunto [...]. De no abordar las luchas por la identidad cultural o abordarlas en forma inadecuada, podrían transformarse rápidamente en una de las fuentes más importantes de inestabilidad al interior de los Estados y entre ellos, lo que podría, a su vez, desencadenar un conflicto cuya consecuencia sea el retroceso del desarrollo (PNUD, 2004: 1).⁷

La clave está por lo tanto en cómo analizamos y abordamos esa diversidad cultural para que podamos convivir y enriquecernos mutuamente con las diferencias, a través de la unidad en la convivencia, y para que contribuyamos a mitigar en lo posible la previsible «conflictividad cultural». Pero el libro de Huntington dedica varios cientos de páginas a alertarnos del peligro de la confrontación entre civilizaciones y sólo al final, en unas breves páginas, aborda el problema decisivo de la convivencia entre diferentes y se plantea si hay unos valores comunes que nos permitan «evitar la guerra» entre las civilizaciones.

Uno de los aspectos más problemáticos del texto de Huntington es el operar con una delimitación clara y nítida de los conceptos de cultura y civi-

⁷ El Informe del PNUD, titulado *La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, es un documento ciertamente valioso para contrarrestar algunas de las principales afirmaciones de base (sociológicas, antropológicas, etc.) que realiza Huntington, y sus consecuencias políticas, éticas, etc., sobre la problemática de la diversidad cultural. Y para reflexionar sobre la manera correcta de abordarla, lo que pasa, en gran medida, por un planteamiento integral del desarrollo humano a nivel mundial. De hecho, el informe, al abordar esa problemática decisiva, reacciona ante algunas formas inadecuadas y peligrosas de plantear los conflictos culturales y a menudo tiene presente, de forma implícita y a veces explícita, los planteamientos de Huntington. Como escriben sus autores en el Prefacio: «En una época en la que el concepto de “choque cultural” resuena con fuerza y de manera inquietante en todo el mundo, recobra particular importancia encontrar respuestas a la antigua pregunta de cómo manejar y atenuar de mejor forma los conflictos en torno al idioma, la religión, la cultura y la etnia [...]. Así como algunas ideas concretas sobre lo que significa en la práctica la idea de formar y administrar la política de la identidad y la cultura de una manera coherente con los principios fundamentales del desarrollo humano». Lo que implica el rechazo de aquellas afirmaciones que sostienen que «las diferencias culturales necesariamente generan conflictos sociales, económicos y políticos» (PNUD, 2004: v).

lización, ignorando la gran riqueza y pluralidad interna de cada civilización y la multiplicidad de interacciones históricas entre ellas, llegando incluso a veces, a juicio de Edward Said, a la caricatura:

En realidad, Huntington es un ideólogo, alguien que pretende convertir las «civilizaciones» y las «identidades» en lo que no son, entidades cerradas y aisladas de las que se han eliminado las mil corrientes y contracorrientes que animan la historia humana y que, a lo largo de siglos, han permitido que la historia hable no sólo de guerras de religión y conquistas imperiales, sino también de intercambios, fecundación cruzada y aspectos comunes (Said, 2001: 23).

Tal delimitación precisa sobre dónde empiezan y acaban unas y otras civilizaciones es, sobre todo, enormemente problemática y está llena de inquietantes consecuencias en la actualidad compleja en que vivimos, donde la interacción entre los seres humanos es más intensa que nunca, y donde los contactos entre ideas, valores o formas de vida se han acrecentado y profundizado como jamás en la historia de la humanidad.

En 2004, el citado Informe del PNUD se hacía eco a la perfección de las numerosas críticas realizadas a Huntington en esa dirección, con un planteamiento crítico de fondo amplio y radical.

Un problema básico de estas teorías es el supuesto implícito de que la cultura es en gran medida fija e invariable, lo que permite que el mundo se divida perfectamente en «civilizaciones» o «culturas». Esto ignora el hecho de que aunque existe una gran continuidad en los valores y tradiciones de las sociedades, las culturas también cambian y rara vez son homogéneas [...]. Paradójicamente, justo en el momento en que los antropólogos descartan el concepto de cultura como fenómeno social claramente delimitado y fijo, surge un creciente interés desde la política convencional por descubrir los valores y rasgos esenciales de un «pueblo y su cultura» [...].

... la amenaza de un «choque de civilizaciones» (como lo denomina Samuel Huntington) es otro temor que ha suscitado gran interés durante los últimos años [...]. ¿Pero es realmente sólido el análisis cultural implícito en ese temor? ¿Y es confiable la interpretación de la historia en la que se funda tal análisis cultural? Existen motivos para dudar de ambos postulados. Las distinciones entre las diversas categorías de civilización no son tan claras ni llanas como se quiere aparentar y la historia simulada que sustenta la tesis del choque de civilizaciones exagera tales contrastes, en parte por dejar de lado las diferencias que existen al interior de cada cultura, pero también por ignorar las interacciones históricas entre las distintas culturas [...].

Las rígidas distinciones que se han establecido últimamente para dar forma al temor al choque de civilizaciones son ciegas a las enseñanzas de la historia mundial. Las categorizaciones a menudo se basan en una inocencia histórica extrema y extraordinariamente burda. Se ignora de ma-

nera eficaz la diversidad de tradiciones dentro de las distintas civilizaciones y se pasan por alto las intervenciones mundiales de gran alcance en ciencias, tecnología, matemáticas y literatura realizadas durante varios milenios para otorgar credibilidad a una visión parroquial que arguye la singularidad de la civilización occidental (PNUD, 2004: 5, 21 y 22).

Por otro lado, parece que en todo momento, no sabemos si para hacer valer su tesis, haya de llevar hasta el extremo la polarización grupal, producida por las políticas de la identidad, entre el «nosotros» y el «ellos», y olvide que los límites entre el «nosotros» y el «ellos» son móviles y pueden desaparecer para incorporar a grupos más amplios de personas. El «otro» nunca es visto por Huntington como una diferencia que me pudiera enriquecer sino como una amenaza permanente, como un enemigo potencial.

Para los pueblos que buscan su identidad y reinventan la etnicidad, los enemigos son esenciales, y las enemistades potencialmente más peligrosas se darán a lo largo de las líneas de fractura existentes entre las principales civilizaciones del mundo [...].

Sabemos quiénes somos sólo cuando sabemos quiénes no somos, y con frecuencia sólo cuando sabemos contra quiénes estamos [...].

Las civilizaciones son el «nosotros» más grande dentro del que nos sentimos culturalmente en casa, en cuanto distintos de todos los demás «ellos» ajenos y externos a nosotros [...].

... La ubicuidad del conflicto. Es humano odiar. Por propia definición y motivación, la gente necesita enemigos: competidores en los negocios, rivales en el rendimiento académico, oponentes en política (Huntington, 2005: 20, 22, 51 y 172).

Anna Quintanas ha aludido a esta visión antropológica negativa y profundamente maniquea que subyace en todo momento a la argumentación de Huntington. «Los hombres de Estado y los investigadores deben reconocer como verdad universal que, para amar lo que somos, tenemos que odiar lo que no somos. [...]. No parece que Huntington pueda llegar a imaginar, ni remotamente, que la humanidad también puede ser el reconocimiento de uno mismo en el otro, y con el otro» (2002: 248).

Todo lo anterior va unido a una concepción subyacente de la «identidad» como exclusiva y fijada de una vez por todas a su propio grupo, o en último caso a la civilización en su conjunto, y que además ha de distinguirse de forma completa y nítida de la de las otras civilizaciones.

Frente a lo cual hemos de defender que la identidad no es única, exclusiva, y que además se le imponga a uno desde fuera sin posibilidad alguna de elección, sino que el individuo puede tener y de hecho tiene múltiples identidades diferentes que trata de conjugar en su propia vida.

... los comunitarios tienen razón en subrayar la importancia que tiene el sentido de identidad en guiar la propia vida, aunque no resulta tan

claro cómo la identidad puede consistir tan sólo en descubrir algo acerca de uno mismo en lugar de ejercer una opción, ya sea de manera explícita o por implicación. Estas elecciones se realizan constantemente con absoluta conciencia, la mayor parte de las veces en forma implícita pero en ocasiones también de manera explícita [...].

Cada individuo suele identificarse con muchos grupos distintos. Una persona puede tener la identidad que le otorga su ciudadanía (como ser francesa), género (ser mujer), raza (tener origen chino), ascendencia regional (haber llegado de Tailandia), lengua (dominar el tai, chino e inglés, además del francés), afiliación política (ser de orientación izquierdista), religión (ser budista), profesión (ser abogada), ubicación (ser parisina), afiliación deportiva (ser jugadora de bádminton y fanática del golf), preferencias musicales (gustar del jazz y el hip-hop) y literarias (entretenerse con novelas policiales), hábitos alimentarios (ser vegetariana), entre otros [...].

Negar la posibilidad de elección cuando ésta existe no sólo significa un error de interpretación de lo que el mundo es en realidad, sino que constituye además un delito ético y el abandono político de la responsabilidad (PNUD, 2004: 17 y 22).

Amin Maalouf, en esta misma dirección, ha escrito páginas preciosas en un valiente libro, con el significativo título de *Identidades asesinas*, denunciando la concepción tribal de la identidad, la reducción de la identidad a una sola dimensión, con lo que se insta a los hombres a una actitud parcial, intolerante y fanática.

Una visión de los seres humanos que está muy extendida y que a mi juicio es peligrosa. Cuando me preguntan qué soy «en lo más hondo de mí mismo», están suponiendo que «en el fondo» de cada persona hay sólo una pertenencia que importe, su «verdad profunda» de alguna manera, su «esencia», que está determinada para siempre desde el nacimiento y que no se va a modificar nunca; como si lo demás, todo lo demás –su trayectoria de hombre libre, las convicciones que ha ido adquiriendo, sus preferencias, su sensibilidad personal, sus afinidades, su vida en suma–, no contara para nada. Y cuando a nuestros contemporáneos se los incita a que «afirmen su identidad», como se hace hoy tan a menudo, lo que se les está diciendo es que rescaten del fondo de sí mismos esa supuesta pertenencia fundamental, que suele ser la pertenencia a una religión, una nación, una raza o una etnia, y que la enarbolan con orgullo frente a los demás [...].

Si se las insta continuamente a que elijan un bando u otro, si se las conmina a reintegrarse en las filas de su tribu, entonces es lícito que nos inquietemos por el funcionamiento del mundo [...]. ¿Quién las conmina? No sólo los fanáticos y los xenófobos de todas las orillas: también tú y yo, todos nosotros. Por esos hábitos mentales y esas expresiones que tan arraigados están en todos nosotros, por esa concepción estrecha, exclusivista, beata y simplista que reduce toda identidad a una sola pertenencia que se proclama con pasión. ¡Así es como se «fabrica» a los autores de las matanzas! –me dan ganas de gritar (Maalouf, 1999: 12-13, 15-16).

Bellas y acertadas palabras de Maalouf, escritas poco después del libro de Huntington, y sin duda redactadas teniendo muy presentes los presupuestos subyacentes a la tesis del «choque de civilizaciones». La identidad no es única, grita a los cuatro vientos Maalouf, no se nos da de una vez por todas, sino que es «múltiple» y esa identidad sui géneris, formada como un puzle por múltiples identidades parciales, la vamos construyendo y transformando continuamente a lo largo de nuestra vida. ¡Es urgente que elaboremos una «nueva concepción de la identidad» compuesta por múltiples pertenencias!, reclama Maalouf.

Desde el momento en que concebimos nuestra identidad como integrada por múltiples pertenencias, unas ligadas a una historia étnica y otras no, unas ligadas a una tradición religiosa y otras no, desde el momento en que vemos en nosotros mismos, en nuestros orígenes y en nuestra trayectoria, diversos elementos confluyentes, diversas aportaciones, diversos mestizajes, diversas influencias sutiles y contradictorias, se establece una relación distinta con los demás, y también con los de nuestra propia «tribu». Ya no se trata simplemente de «nosotros» y «ellos», como dos ejércitos en orden de batalla que se preparan para el siguiente enfrentamiento, para la siguiente revancha. Ahora, en «nuestro» lado hay personas con las que en definitiva tengo muy pocas cosas en común, y en el lado de «ellos» hay otras de las que puedo sentirme muy cerca [...].

En la época de la mundialización, con ese proceso acelerado, vertiginoso, de amalgama, de mezcla, que nos envuelve a todos, es necesario —y urgente!— elaborar una nueva concepción de la identidad. No podemos limitarnos a obligar a miles de millones de personas desconcertadas a elegir entre afirmar a ultranza su identidad y perderla por completo, entre el integrismo y la desintegración. Sin embargo, eso es lo que se deriva de la concepción que sigue dominando en ese ámbito. Si a nuestros contemporáneos no se los incita a que asuman sus múltiples pertenencias, si no pueden conciliar su necesidad de tener una identidad con una actitud abierta, con franqueza y sin complejos, ante las demás culturas, si se sienten obligados a elegir entre negarse a sí mismos y negar a los otros, estaremos formando legiones de locos sanguinarios, legiones de seres extrañados (Maalouf, 1999: 44 y 48-49).

Retengamos las expresiones que Maalouf critica con total radicalidad (tribu, ejército, batalla, etc.), la concepción dominante en ese ámbito, como él mismo dice, y volvamos al texto de Huntington, donde son utilizadas con total naturalidad, sin tratar de conjurarlas, y fijémonos además cómo su resultado lógico no puede ser otro que el «enfrentamiento» del que habla Maalouf.

Las civilizaciones son el «nosotros» más grande dentro del que nos sentimos culturalmente en casa, en cuanto distintos de todos los demás «ellos» ajenos y externos a nosotros [...].

En un mundo donde la cultura cuenta, los pelotones son tribus y grupos étnicos, los regimientos son naciones, y los ejércitos, civilizaciones [...].

Las civilizaciones son las últimas tribus humanas y el choque de civilizaciones es un conflicto tribal a escala planetaria (Huntington, 2005: 51, 170 y 277).

De hecho, Huntington no sólo habla de la importancia de las civilizaciones en el nuevo contexto mundial, sino del «choque de civilizaciones». Y «decir “choque de civilizaciones” equivale a augurar la confrontación cultural-religiosa como nuestro próximo futuro» (Mardones, 1998: 121). Ya se ha llamado la atención en varias ocasiones sobre el signo de interrogación dejado por Huntington en el tintero en el camino que va desde el artículo (1993) al libro (1996). Incluso en su artículo inicial llegaba a preguntarse «por qué han de chocar las civilizaciones» (*why civilizations will clash*) (Huntington, 2002: 23); luego parece clara su opinión, aunque, seamos justos, su pretensión es tratar de imaginar, lo hace al final de su libro y pronto hablaremos sobre ello, cómo podríamos evitar a pesar de todo el, a su parecer más que probable, «choque de civilizaciones».

Aún debemos de profundizar un poco más en la crítica a la predisposición de Huntington, en la lógica de su argumentación, a considerar que la diversidad cultural, siempre presentada de forma extrema, conduce casi inevitablemente a un choque entre valores irreconciliables.

Una forma muy común de explicar la violencia es aquella que señala las diferencias culturales o étnicas como responsables principales de los conflictos, arguyendo para ello cierta propensión innata entre las personas de culturas diferentes a luchar unos contra otros por la dominación y la autonomía ante diferencias sobre valores que resultan incompatibles. Tal postura está muy bien retratada en la conocida predicción de Samuel Huntington del «choque de civilizaciones» [...].

Este argumento también desvía la atención de importantes factores económicos y políticos [...].

Muchos conflictos son, en efecto, de orden cultural, puesto que la gente que opta por cada uno de los lados de estas guerras siente que pertenece a una misma cultura. Pero las causas primarias de las guerras muy raramente son las culturas propiamente tales o una incompatibilidad de valores. Investigaciones recientes proponen dos explicaciones diferentes: la codicia y las desigualdades horizontales. La lucha por el control de valiosos recursos naturales como el petróleo o las minas de diamantes podría ser la causa primordial de las guerras étnicas, como en el caso de Liberia, Sierra Leona y Sudán [...].

Las investigaciones recientes muestran que muchos conflictos han estallado en situaciones de acceso desigual de los grupos a bienes económicos, oportunidades de ingreso o empleo, servicios sociales u oportunidades políticas (PNUD, 2004: 41-42).

En el fondo de todo lo que llevamos dicho hasta el momento late un «determinismo cultural» que ha de ser rechazado, no sólo por ser la mayoría de las veces unilateral desde un punto de vista epistemológico, sino por ser además peligroso en sus consecuencias políticas. Por «determinismo cultural» queremos decir el hacer de la cultura la variable que explica, por sí sola, las diferencias políticas, económicas o sociales entre los colectivos. Atribución que si ya es muy problemática en el caso específico de la democracia, «La cultura islámica explica en gran medida la incapacidad de la democracia para abrirse paso en buena parte del mundo musulmán» (Huntington, 2005: 24)⁸; en su sentido más radical, que hace referencia al desarrollo económico y social, es prácticamente insostenible: «Las diferencias importantes entre civilizaciones en materia de desarrollo político y económico están claramente enraizadas en sus diferentes culturas» (*Idem*), escribe Huntington. O recordemos lo transcrito en otro lugar: «En el mundo de la posguerra fría, las distinciones más importantes entre los pueblos no son ideológicas, políticas ni económicas; son culturales. Personas y naciones están intentando responder a la pregunta más básica que los seres humanos pueden afrontar: ¿quiénes somos?» (*Ibidem*: 22). Como si no existiera otra pregunta mucho más básica aún para millones de personas a lo largo del mundo: ¿cómo puedo sobrevivir?

El supuesto de que la categoría de civilización es la única distinción importante y que ésta debe eliminar cualquier otra forma de identificar a las personas implica un problema metodológico fundamental. Todas las demás distinciones (como entre ricos y pobres, miembros de diferentes clases y ocupaciones, personas de diferentes ideologías políticas, diferentes nacionalidades y lugares de residencia, entre grupos que se identifican por su lengua y muchas más) quedan eliminadas tras la supuesta preeminencia de esta forma de concebir las diferencias entre las personas. Como

⁸ Véase también la p. 152. Lo que encuestas actuales sobre la opinión de los musulmanes parecen contradecir: «las conclusiones más recientes del Estudio Mundial de Valores indican que las personas de los países musulmanes apoyan los valores democráticos tanto como aquellas de los países no musulmanes» (PNUD, 2004: 5). De gran interés es la más reciente, realizada por *The Pew Global Project*, que recaba la opinión de los musulmanes en 13 países, incluidos varios occidentales. En ella podemos leer cómo «no existe un conflicto entre ser un musulmán devoto y vivir en una sociedad moderna» para el 49% de los musulmanes británicos, el 57% de los musulmanes alemanes, el 72% de los musulmanes franceses y el 71% de los musulmanes españoles; el 52% de los indonesios, el 63% de los jordanos, 60% de los turcos, el 73% de los egipcios o el 64% de los musulmanes nigerianos (p. 3). O que están de acuerdo con que «la democracia puede funcionar bien» «en la mayoría de los países musulmanes» el 80% de los musulmanes alemanes, el 76% de los musulmanes franceses, el 59% de los musulmanes británicos y el 57% de los musulmanes españoles; y con que puede hacerlo «en su país», el 74% de los jordanos, el 70% de los indonesios, el 65% de los egipcios, el 50% de los pakistaníes o el 40% de los turcos (p. 5) (<www.pewglobal.org>).

si no fuera suficiente que aquellos que buscan fomentar la confrontación global o la violencia sectaria local intenten imponer una identidad divisoria y unitaria preseleccionada a las personas reclutadas como peones de la brutalidad política. Tal imposición se ve fortalecida por el respaldo implícito que los guerreros obtienen de las teorías de categorización única de los pueblos del mundo (PNUD, 2004: 22).⁹

El «paradigma» de Huntington, desde luego, más allá de su validez parcial, no puede admitirse como exclusivo –parece ser así como pretende aplicar a la ciencia política la aportación kuhniana, como si toda ciencia madura se basara en la preeminencia de un único paradigma, lo que es totalmente incorrecto–, si queremos explicar la política global.

Ésa es la opinión, por ejemplo, de Hala Mustafa, quien, en relación con la vertiente más específicamente religiosa que Huntington sitúa tras el «choque de civilizaciones», escribe lo siguiente:

Aunque no hay que subestimar la posibilidad de un enfrentamiento entre Occidente y el islam, no podemos buscar únicamente las raíces del problema en factores religiosos o culturales, como pretende Huntington. Los numerosos agravios políticos y económicos inherentes a las relaciones entre el Norte y el Sur, los ricos y los pobres, deberían hacernos pensar que la religión es más bien el vehículo de la expresión de esos agravios que su causa [...]. Se trata de todo un síntoma de crisis social que no se debe tanto a la religión en sí como al fracaso de unos modelos de desarrollo que no han producido igualdad social (2003: 130).

En realidad, la invocación casi exclusiva a los elementos culturales e identitarios, sin que neguemos su importancia, tiende a minusvalorar aquellos otros que ciertamente son decisivos como los económicos, políticos, sociales o ideológicos. Como escribió el sociólogo Daniel Bell, en un artículo en que criticaba severamente el artículo inicial de Huntington:

En resumen, toda la argumentación me parece improbable, dudosa y llena de contradicciones internas. Es una declaración apocalíptica, arrolladora en sus frases retóricas, que *confunde la cultura con la política*, y –lo más sorprendente de todo– que pasa por alto la economía (Bell, 1994: 10).

Tal desprecio de variables esenciales, por otro lado, no es inocente. En el fondo se trata de un encubrimiento ideológico que sirve a determinados

⁹ Escribe Huntington: «Para la mayoría de los propósitos, el mundo es demasiado complejo para que resulte útil considerarlo simplemente dividido económicamente entre Norte y Sur, o culturalmente entre Este y Oeste» (p. 37). Es curioso cómo a Huntington el mundo no le parece «demasiado complejo» para considerarlo simplemente dividido en siete u ocho civilizaciones.

intereses económicos y geoestratégicos. La progresiva marginación de factores tan fundamentales sirve a un neoconservadurismo que en realidad deja a salvo de responsabilidad a un proceso de globalización neoliberal profundamente injusto (Mardones, 1998: 133-135).

4. ¿Una civilización universal?

Nos queda por abordar un aspecto decisivo para acabar de presentar la tesis de Huntington, que nos permitirá además introducir una crítica sustantiva que, de alguna manera, reasume todas las anteriores. ¿Existe, aunque sea de manera incipiente, una «civilización universal»? «La idea implica, en general, la confluencia de la humanidad y la creciente aceptación de valores, creencias, orientaciones, prácticas e instituciones comunes por pueblos y personas de todo el mundo» (Huntington, 2005: 69). Es decir, que las diferentes civilizaciones puedan convivir sin necesidad de «chocar». El propio Huntington presenta bastante bien el grave problema implícito en todo su planteamiento de fondo al recoger, en una nota a pie de página, una crítica de Hayward Alker a su artículo de 1993, en el sentido de que, al identificar cultura y civilización, lo que hacía era rechazar «por definición» la idea de civilización mundial, y concluye: «En este capítulo, sin embargo, suavizo esa definición para permitir la posibilidad de que pueblos de todo el mundo se identifiquen con una cultura planetaria distinta que complemente o sustituya a las civilizaciones en sentido occidental, islámico o sínico» (*Ibidem*: 70n). Ahora bien, uno no puede dejar de preguntarse: ¿lo hace realmente?, y la respuesta, tras la lectura de su libro, es que Huntington no cambia nada sustantivo que le permita hacer lo que dice. Y que, como ya adelantábamos, sólo al final, sorpresivamente, en contra de muchos de los supuestos que hemos ido criticando, aborda la cuestión de una manera más adecuada aunque, a nuestro juicio, claramente insuficiente. Veamos, por ahora, cómo se instala en una perpetua contradicción al escribir cómo «la idea de civilización en singular ha reaparecido en el argumento de que hay una civilización mundial universal. Este argumento es insostenible, pero resulta útil para examinar (como se hará en el último capítulo de este libro) si las civilizaciones se van haciendo más civilizadas o no» (*Ibidem*: 48). ¿Cómo podríamos comprobar siquiera el «grado de civilización» de cada una de las civilizaciones, si no admitimos que existe «algo» que hace posible esa comparación? Pero no hay nada semejante en toda su amplísima argumentación. Como escribe a continuación, «una civilización es una entidad cultural», y acuerda con Braudel en que es «engañoso pretender, a la manera alemana, separar *la cultura* de *la civilización* que le sirve de fundamento» (Braudel). Para concluir: «Tanto “civilización” como “cultura” hacen referencia a la forma global de vida de un pueblo, y una civilización es una cultura con mayúsculas» (*Ibidem*: 49).

De hecho, las opiniones contrarias a tal identificación estricta entre cultura y civilización son despachadas con desdén –como, por ejemplo, la de Havel, quien propone restringir el uso del término *civilización* al plano mundial y usar los de *cultura* o *subcivilización* para las culturas más amplias–, pues le parece que no hace sino crear «confusión semántica»; e igualmente hace con las distintas posibilidades de concebir la existencia de una civilización universal que no se toma muy en serio.¹⁰

Y así, si no hay atisbo de tal civilización universal, tras dicha denominación sólo queda la posibilidad lógica de que una de las civilizaciones existentes, la occidental, se haga pasar por tal sin serlo realmente.

El concepto de civilización universal sirve para justificar la dominación cultural de otras sociedades por parte de Occidente y la necesidad de que dichas sociedades imiten las prácticas e instituciones occidentales. El universalismo es la ideología de Occidente en sus confrontaciones con las culturas no occidentales (*Ibidem*: 83).

Huntington, en buena lógica, acaba por defender un relativismo cultural o civilizacional radical. Hasta el punto de que es incapaz de concebir siquiera algún tipo de universalismo legítimo. «El imperialismo es la necesaria consecuencia lógica del universalismo» (*Ibidem*: 422), escribe. Y no podría ser de otra manera porque para él valores como los derechos humanos y la democracia son, no ya producto de Occidente, que lo son, o cuestionados por su presunta universalidad, que también lo son, sino valores tan sólo válidos para dicha civilización y por lo tanto sólo se pueden universalizar mediante su imposición, lo que es imperialismo. Recientemente su discípulo Fukuyama ha insistido precisamente sobre este punto en un epílogo a la nueva edición de *El fin de la historia*, aludiendo a que muchos le habían comparado con Huntington pero que hay un aspecto fundamental que les diferencia:

Se trata de la cuestión sobre si los valores y las instituciones desarrollados durante la Ilustración occidental son universales en potencia (como creían Hegel y Marx) o si están limitados a un horizonte cultural (lo cual coincide con las ideas de filósofos posteriores como Friedrich Nietzsche o Martin Heidegger). Sin duda, Huntington considera que no son universales. Aduce que las instituciones políticas con las que estamos familiarizados en Occidente son el producto secundario de un cierto tipo de cultura

¹⁰ Menciona los cuatro sentidos de esa virtual «civilización universal»: 1. Una posible moralidad mínima compartida, lo que no es nuevo ni hace al caso sentencia. 2. Un modo de vida urbano común. 3. Supuestos, valores y doctrinas occidentales compartidos por otras civilizaciones. Lo que llama la «cultura de Davos» (individualismo, economía de mercado y democracia política), que sólo es compartida por una pequeña élite. 4. Pautas de consumo y de cultura popular occidentales expandidas a través de los medios de comunicación, etc.

cristiana de la Europa Occidental, y que nunca echará raíces fuera de los confines de esa cultura (Fukuyama, 2006: 16).

Por ello, para Huntington, «la civilización occidental es valiosa, no porque sea universal, sino porque es única», por lo tanto, lo que corresponde no es tratar de remodelar otras civilizaciones a imagen de Occidente, «sino preservar, proteger y renovar las cualidades únicas de la civilización occidental» (*Ibidem*: 424).

Y lo mismo debe hacer, lógicamente, cada civilización, con lo que el punto de llegada de la posición de Huntington está claro. Cada una de las civilizaciones existentes debe preservar sus propios valores, y todos habremos de reconocer, mantener y potenciar las diferencias esenciales entre las civilizaciones como un hecho inevitable e insuperable. Y en ello además está en juego la propia supervivencia global. «Evitar una guerra mundial entre civilizaciones depende de que los líderes mundiales acepten la naturaleza de la política global, con raíces en múltiples civilizaciones, y cooperen para su mantenimiento» (*Ibidem*: 21).

Apareciendo, muy especialmente en este punto final, con total nitidez, el planteamiento esencialista referido a las culturas y a las civilizaciones. Por un lado al abordar la cuestión de la decadencia occidental, que no se debe a causas económicas o demográficas, cuanto morales.¹¹ Y sobre todo al incidir en la preservación de una presunta sustancia de la cultura, sin mezclas ni contaminaciones disolventes, hasta el punto de desplazarse aquí el «verdadero choque»:

La cultura occidental está cuestionada por grupos situados dentro de las sociedades occidentales. Uno de esos cuestionamientos procede de los inmigrantes de otras civilizaciones que rechazan la integración y siguen adhiriéndose y propagando los valores, costumbres y culturas de sus sociedades de origen [...]. En Europa, la civilización occidental también podría quedar socavada por el debilitamiento de su componente central, el cristianismo [...].

Los multiculturalistas estadounidenses rechazan igualmente la herencia cultural de su país. Sin embargo, en lugar de intentar identificar a los Estados Unidos con otra civilización, desean crear un país de muchas civilizaciones, lo que equivale a decir un país que no pertenezca a ninguna civilización y carezca de núcleo cultural [...].

El choque entre los multiculturalistas y los defensores de la civilización occidental y del credo estadounidense es, según la frase de James Kurth, «el verdadero choque» dentro del sector americano de la civilización occidental (*Ibidem*: 414, 416 y 417).

¹¹ Los problemas de decadencia moral, suicidio cultural y desunión política en Occidente (cuyas manifestaciones son la conducta antisocial, la decadencia familiar, el descenso del «capital social», el debilitamiento de la «ética del trabajo» y el auge de un culto de tolerancia personal) (*Ibidem*: 413).

De un plumazo, los complejos problemas de integración cultural y de gestión de la diversidad cultural en el interior de una civilización son reducidos a la pura «asimilación» del diferente, de lo que se hace además un problema de supervivencia para Occidente que depende de esta supuesta reafirmación de su identidad occidental. Pero Huntington no propone la expansión de Occidente por el mundo, el «universalismo imperialista» que rechaza, sino que aceptemos la nueva naturaleza de la política global, con raíces en siete u ocho civilizaciones y cooperemos a su mantenimiento.

El multiculturalismo dentro del país amenaza a los Estados Unidos y a Occidente; el universalismo fuera de él amenaza a Occidente y al mundo. Ambos niegan la unicidad de la cultura occidental. Los monoculturalistas a escala mundial pretenden hacer el mundo como los Estados Unidos [...]. Un mundo multicultural es inevitable porque un imperio planetario es imposible (*Ibidem*: 433).

El resultado no puede ser otro que el de una separación radical de las civilizaciones definidas por su particularidad exclusiva que conduce, por lo tanto, a la construcción de sociedades homogéneas en el interior de cada una de ellas. Huntington rechaza el multiculturalismo y el relativismo cultural a nivel micro, en el interior de las civilizaciones, pero es un multiculturalista, o un «multicomunitarista», según la acertada expresión de Touraine, y un relativista cultural-civilizacional convencido a nivel macro, defendiendo que las siete u ocho civilizaciones existentes permanezcan separadas e incomunicadas entre sí, pues si se mezclan se pierden los valores únicos que ellas representan.¹² Planteamiento hobbesiano en el fondo y, por ello, contrario a todo tipo de universalismo.

El derecho internacional del orden de grandes espacios traslada el principio de no intervención a las esferas de influencia de grandes potencias que afirman unas contra otras sus culturas y formas de vida, soberanamente y con la fuerza de las armas si es necesario [...]. Pero este diseño carga a estos grandes espacios de connotaciones que lindan con la idea de un «choque de civilizaciones» (Habermas, 2006: 186-187).

Pero en este preciso momento, tras 432 páginas y llegando al final, como si de una novela de misterio se tratase, Huntington da un giro inesperado al

¹² Debe quedar claro, por otro lado, que tal planteamiento es «irreal» y que conlleva una fuerte connotación ideológica, como muy bien señala Touraine, pues hoy en día la mayoría de las sociedades del mundo son de hecho más «multiculturales» que nunca. «El «monoculturalismo» como el «multicomunitarismo», en sus formas extremas (la de una sociedad mundial, o, a la inversa, la de una multiplicidad de universos culturales separados unos de otros y que sólo se comunican entre sí por el mercado) son afirmaciones ideológicas u operaciones políticas más que realidades sociales y culturales» (Touraine, 1997: 227).

argumento de su libro que desconcierta al lector. Es al introducir la tercera norma de acción de cara a evitar las guerras civilizacionales, la norma de los «atributos comunes», y para ello se apoya en el concepto de moralidad minimalista «tenue» de la moral universal que procede de Michael Walzer. No es una casualidad que se apoye en un comunitarista como Walzer, quien tampoco parece diferenciar convenientemente entre la génesis histórico-social de los valores y la justificación de su validez. Su planteamiento –alejado sin embargo de toda la lógica argumental anterior de Huntington– se basa en la búsqueda empírico-inductiva de valores comunes entre las distintas culturas y todo lo más llega a plantear un universalismo ético estrecho concebido como un acuerdo práctico de carácter ocasional y temporal.

La vacuidad del universalismo occidental y la realidad de la diversidad cultural a escala mundial, ¿conducen inevitable e irrevocablemente al relativismo moral y cultural? [...]. «Sí y no. Las culturas son relativas; la moralidad es absoluta [...] por encima de esta moralidad maximalista, superándola y naciendo al mismo tiempo de ella, hay una moralidad minimalista, «tenue», que incorpora «características reiteradas de las moralidades densas o maximalistas particulares». Los conceptos morales mínimos de verdad y justicia se encuentran en todas las moralidades densas y no se pueden separar de ellas. También hay mínimos «mandatos [morales] negativos, muy probablemente normas contra el asesinato, el engaño, la tortura, la opresión y la tiranía» [...]. En lugar de promover las características supuestamente universales de una civilización, los requisitos de la convivencia cultural exigen investigar lo que es común a la mayoría de las civilizaciones. En un mundo de múltiples civilizaciones, la vía constructiva es renunciar al universalismo, aceptar la diversidad y buscar atributos comunes [...].

Los pueblos de todas las civilizaciones deben buscar e intentar ampliar los valores, instituciones y prácticas que tienen en común con los pueblos de otras civilizaciones (*Ibidem*: 433-434 y 436).

Pero no se entiende, incluso desde tal planteamiento, que, en esa búsqueda o ampliación de valores e instituciones comunes, Huntington desestime los únicos valores existentes realmente universales, que poco a poco van logrando un más amplio consenso, principalmente los derechos humanos y la democracia, y su plasmación institucional, ciertamente precaria e insuficiente, en organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, dando por bueno el relativismo cultural que confina su validez a allí donde han emergido históricamente.

En este sentido, poco después de aparecer el libro de Huntington, en la sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas del día 21 de septiembre de 1998, el Presidente de la República Islámica de Irán, S. M. Khatamí, propuso que se declarase el año 2001 como el «Año del Diálogo entre las Civilizaciones». Días después, el 4 de noviembre, el representante de Irán, al presentar a la Asamblea General el proyecto de resolución, apo-

yado ya por unos 50 países, se enfrentaba directamente a la tesis del «choque de civilizaciones» y proponía la alternativa del «diálogo entre civilizaciones» como un «paradigma sensato y razonable para abordar los problemas mundiales». El proponente se quejaba de que

... hoy, cuando la comunidad internacional tiene una oportunidad real y única de apartarse de las políticas de dominación y exclusión propias de la guerra fría, se estén proponiendo ideas y teorías para institucionalizar y aun santificar y así perpetuar la mentalidad asociada con las rivalidades y los conflictos del pasado. Esto se hace magnificando el enfrentamiento entre intereses políticos y económicos rivales hasta el nivel de las diferencias irreconciliables entre civilizaciones y del choque inevitable entre ellas. Es evidente que, en víspera del nuevo milenio, el mundo no puede permitirse iniciar un nuevo capítulo de su vida con ideas tan peligrosas, que producen intolerancia y pasan por alto la red siempre creciente de interacción entre las naciones en un mundo cada vez más interdependiente [...].

Habida cuenta del papel fundamental de la cultura en la tarea de forjar las estructuras políticas y económicas, la promoción del diálogo entre distintas culturas, sobre la base de la tolerancia y el respeto de la diversidad, tendría como resultado la reducción de la tensión y contribuiría a la paz y la seguridad internacionales. El diálogo no garantizaría por sí solo la erradicación de los males de la guerra y la intolerancia. No obstante, proporciona un paradigma sensato y razonable para abordar los problemas mundiales que probablemente enfrentaremos en el siglo XXI (N. U., 1998: 2).

En septiembre de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba la *Declaración del milenio*, importante proclamación donde los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros ratificaban la validez y universalidad de la institución mundial y de ciertos valores y principios comunes. «Reafirmamos nuestra adhesión a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, que han demostrado ser intemporales y universales. A decir verdad, su pertinencia y su capacidad como fuente de inspiración han ido en aumento conforme se han multiplicado los vínculos y se ha consolidado la interdependencia entre las naciones y los pueblos» (N. U., 2000).

Al año siguiente, y en pleno «Año de las Naciones Unidas del Diálogo entre las Civilizaciones», el 9 de noviembre de 2001, la Asamblea General, «destacando que todas las civilizaciones están unidas por una humanidad común» y «la necesidad de reconocer y respetar la riqueza de todas las civilizaciones y de buscar un terreno común entre las civilizaciones para hacer frente al conjunto de los problemas comunes de la humanidad», proclamó el «Programa Mundial para el Diálogo entre Civilizaciones», planteándose una serie de objetivos cuya persecución habría de verse «facilitada por la adhesión colectiva a los siguientes principios»: «El cumplimiento de buena fe de las obligaciones establecidas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y

de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El respeto a los principios fundamentales de la justicia y del derecho internacional» (N. U., 2001).

5. Conclusión: ¿hacia dónde va la «política global»?

Coincidiendo prácticamente con tan solemne proclamación, los terribles atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, perpetrados en pleno corazón de los EE. UU., alterarían de forma radical el panorama internacional. El gobierno estadounidense presidido por George W. Bush reaccionó con la estrategia de la «guerra contra el terror», instigada por la corriente neoconservadora del equipo de Exteriores, y llevada a cabo por los EE. UU. junto con algunos aliados.¹³ Dentro de tal estrategia se decidió invadir Iraq unilateralmente, ignorando el derecho internacional y marginando a las Naciones Unidas al prescindir de la decisión de su Consejo de Seguridad.¹⁴

El modelo geoestratégico subyacente a la actuación del gobierno estadounidense, alejado tanto del paradigma del «choque de civilizaciones» como del diálogo entre ellas, es el de la imposición unilateral de un orden mundial unipolar. Pero, como ha escrito Jürgen Habermas, «una potencia que utiliza su superioridad militar, tecnológica y económica para establecer, según sus propios conceptos del bien y el mal cargados de connotaciones religiosas, un orden mundial que sea además conveniente desde el punto de vista geoestratégico» (2006: 144), recae en el falso universalismo de los anti-

¹³ Huntington firmará una *Carta desde América*, junto a unos 60 académicos estadounidenses (Francis Fukuyama, Michael Walzer, Amitai Etzioni o Michael Novak, entre ellos), donde se apoya la «guerra contra el terror» de su gobierno, a la que califican de «guerra justa» y creen no sólo justificada sino incluso exigida moralmente. En dicho texto, tras sostener encontrarse, después de los atentados del 11 de septiembre, «en tiempos de guerra y de crisis global», escriben: «Reconocemos que la Guerra es terrible, representando finalmente la falla de la política humana [...]. No obstante, la razón y la reflexión moral nos enseñan que hay veces en las que la primera y más importante réplica al mal es pararlo. Hay veces en las que embarcarse en una guerra no es sólo moralmente permitido sino moralmente necesario, como una respuesta a calamitosos actos de violencia, odio e injusticia. Ésta es una de esas veces». La guerra, argumentan, es declarada a un movimiento político-religioso violento (del que forma parte la red islamista radical internacional *Al Qaeda*), movimiento «extremista y radicalmente intolerante que ahora amenaza al mundo, incluyendo al mundo musulmán». Para concluir: «Asesinos organizados con alcance global nos amenazan ahora a todos nosotros. En nombre de la moralidad humana universal, y plenamente conscientes de las restricciones y requerimientos de una guerra justa, apoyamos a nuestro gobierno, y a nuestra sociedad, en su decisión de usar la fuerza de las armas en contra de ellos» (cito por su traducción al castellano señalada en la bibliografía: VV. AA., 2002).

¹⁴ Kepel recuerda que antes del atentado a las Torres Gemelas de Nueva York el principal objetivo de los neoconservadores era la eliminación de Hussein, líder del considerado principal Estado «canalla» de la región y una amenaza para Israel, y que el 11S de 2001 no fue sino la disculpa perfecta para un objetivo ya previsto de antemano (Kepel, 2004: 79-82).

guos imperios que sostiene que sus propios valores son universales y deben ser aceptados por el resto para su propio bien, lo que no puede ser más opuesto al verdadero universalismo.

Precisamente el núcleo universalista de la democracia y los derechos humanos es lo que prohíbe su imposición unilateral a sangre y fuego. La pretensión de validez universalista que Occidente vincula a sus «valores políticos fundamentales», es decir, al procedimiento de autodeterminación democrática y al vocabulario de los derechos humanos, no debe confundirse con la pretensión imperialista de que la forma de vida política y la cultura de una democracia determinada, aunque sea la más antigua, es ejemplar para todas las sociedades (*Ibidem*: 40).

Siendo los elementos económico e ideológico, en definitiva, los que siguen actuando como los principales concurrentes en el desencadenamiento y el desarrollo del «nuevo» «choque de civilizaciones» (Martínez, 2002: 82).

El teólogo católico Hans Küng, en una reciente entrevista de prensa, al presentar un libro sobre el islam, aludía a tal estrategia unilateral global que propaga el «choque entre civilizaciones» en lugar de tratar de mitigarlo en la medida de lo posible. Ante la pregunta del periodista, parafraseando la célebre frase del *Manifiesto Comunista*, «¿El fantasma que recorre el mundo es ahora el islamismo?», respondía lo siguiente:

Existían de hecho relaciones bastante buenas entre los países occidentales y los países islámicos. Pero se han visto progresivamente envenenadas, por un lado, por el problema del Estado palestino, aplazado desde hace décadas, y por otro, por las nuevas guerras ofensivas, sobre todo de Estados Unidos en Afganistán y en Iraq. Mi libro debe contribuir a dibujar una imagen realista del islam, situada entre su imagen hostil y su imagen ideal, ambas unilaterales. Esto exige de ambas partes la autocrítica, y el esfuerzo por entender las religiones desde su interior. La imagen hostil del islam es sin duda propagada por los neoconservadores americanos. Mucho antes del 11 de septiembre ya forjaban planes para controlar mediante una guerra las fuentes de petróleo en Iraq, para establecer la hegemonía de EE. UU. en Oriente Próximo y, con ella, la seguridad de Israel a costa de los palestinos (Küng, 2006).

La imagen del periodista es, además, adecuada porque permite aludir a una «transferencia» del papel del enemigo por excelencia que se habría producido, de manera planificada, tras el final de la guerra fría.

La evidencia de la existencia de esa grandiosa estrategia es irresistible. En 1991, *The Washington Post* filtró la noticia de la existencia de un estudio continuo por parte de los departamentos de defensa y espionaje estadounidenses de la necesidad de encontrar un nuevo enemigo común:

el islam fue el candidato. Muchos de los autorizados diarios de política exterior, semanarios y periódicos han celebrado simposios y publicado artículos y estudios proclamando la amenaza del islam (Said, 1996: 14).

En una de esas revistas de política exterior sería donde Huntington publicaría su artículo planteando su debatida tesis, continúa Said, que en la línea de Bernard Lewis presentaba al islam como incompatible y enemigo de Occidente. Kepel, aludiendo a tal transferencia de enemigos, reiterará las numerosas críticas a la visión monolítica y distorsionada del islam sostenida por Huntington y otros que...

hacen del islam –flanqueado por el confucianismo– el *otro* por excelencia de Occidente, un *otro* hostil [...].

... busca sobre todo sustituir un enfrentamiento del Bien y del Mal por otro [...].

En absoluto, el mundo musulmán no es ni monolítico ni homogéneo. Incluye una pluralidad de centros en encarnizada competencia por la hegemonía en los valores político-religiosos. Su relación con Occidente y la modernidad que éste inventa y difunde resulta ser más compleja, profunda e íntima que el tajante antagonismo ideológico y militar que prevalecía entre Estados Unidos y la Unión Soviética [...]. La inesperada aparición de la teoría del choque civilizaciones es un asunto de oportunidad: aparece en el momento idóneo para permitir la transferencia al mundo musulmán de la hostilidad ideológica heredada de décadas de la Guerra Fría (Kepel, 2004: 74 y 75-76).

La política unilateral del gobierno estadounidense, que margina el derecho internacional y está dispuesto a asumir el coste de una ruptura con Europa, ha provocado, a juicio de Habermas, la división de Occidente. El propio Huntington, neoconservador declarado, comparte el desprecio por la insignificante Europa al margen del liderazgo estadounidense. «Si los Estados Unidos se desoccidentalizan, Occidente queda reducido a Europa y a unos pocos países ultramarinos de colonos europeos escasamente poblados. Sin los Estados Unidos, Occidente se convierte en una parte minúscula y decreciente de la población del mundo, en una península pequeña y sin trascendencia» (Huntington, 2005: 417).

Como sostiene Habermas en el prefacio a su libro *El Occidente escindi-*do, tras esta escisión está en juego nada menos que uno de los logros civilizatorios más sobresalientes de la humanidad: «Está en juego el proyecto kantiano de suprimir el estado de naturaleza entre los Estados. No son fines políticos superficiales lo que divide a los espíritus, sino uno de los más grandiosos esfuerzos de civilización del género humano» (Habermas, 2006: 9). El mismo Fukuyama nos recuerda, al contraponer su hipótesis del «fin de la historia» a la del «choque de civilizaciones», que frente a los Estados Unidos, que creen que la legitimidad reside exclusivamente en la soberanía esta-

tal, parte del proyecto europeo moderno consiste precisamente en el intento de superación del Estado nacional.

Estas perspectivas, europea y estadounidense, surgen de sus respectivas historias. Para los europeos, el Estado-nación soberano ha sido una fuente de egoísmo colectivo y de nacionalismo que estuvo en la raíz de las dos guerras mundiales del siglo XX; el proyecto europeo ha tratado de sustituir la política de poder por un sistema de normas, leyes y organizaciones. Los estadounidenses, por el contrario, han tenido una experiencia más feliz con el uso legítimo de la violencia por parte de su Estado-nación (Fukuyama, 2006: 17).

Ante la gran magnitud de los retos a los que se enfrenta la humanidad, dado el curso actual de la globalización, y entre los cuales la coexistencia entre Occidente y el mundo islámico es una más, singularmente importante, la respuesta no puede ser otra que la de una «globalización ética», una mundialización de la justicia y de la solidaridad apoyada en valores e instituciones realmente universales. Lo mal pasa por la construcción de una ciudadanía política y multicultural, basada en el diálogo, y cuyo último fundamento no puede ser otro que la promoción del desarrollo económico y la lucha en contra de las enormes desigualdades económicas y sociales existentes en el mundo global. Dimensiones fundamentales que Huntington omite en su nuevo paradigma para la política global. En esta dirección, nos recuerda Habermas, es decisiva la forma en que Occidente se presenta normativamente ante el resto de las culturas. Y si quiere ser percibido como una entidad realmente «civilizadora», escribe –y aquí *civilización* adquiere un significado totalmente distinto al de Huntington, de civilización «en singular», en el sentido de un progreso de orden moral–, deberá cambiar muchos aspectos decisivos de su política global.

Sin una domesticación política del capitalismo sin fronteras no es posible hacer frente a la devastadora estratificación de la sociedad mundial. Debería equilibrarse, como mínimo, la desigual dinámica de desarrollo de la economía mundial en sus consecuencias más destructivas (pienso en la degradación y extensión de la miseria en regiones enteras y en continentes enteros). No se trata sólo de la discriminación, la humillación y el menosprecio de otras culturas. El tema del «choque de civilizaciones» es a menudo el velo tras el que se difuminan los sólidos intereses materiales de Occidente (por ejemplo, el interés de disponer de los yacimientos petrolíferos y asegurar el abastecimiento de energía) (Habermas, 2006: 25).

Es precisamente este tercer modelo, que no persigue la occidentalización del resto de las culturas, una cultura planetaria (ser «iguales»); ni el reforzamiento de culturas estancas que se afirman en la exclusión unas de las otras (ser «diferentes»); sino que se basa en el respeto de las culturas y en el diálogo intercultural, el único que puede responder al interrogante planteado

por Alain Touraine en su libro: ¿Podremos vivir juntos? Sólo sobre la base de una globalización más justa y solidaria y pugnando por hacer posible «un entendimiento intercultural en torno a interpretaciones de los derechos humanos y la democracia susceptibles de aprobación universal» (Habermas, 2006: 187), podremos vivir juntos, iguales y diferentes a un mismo tiempo.

6. Bibliografía citada

- BELL, Daniel (1994): «¿Choque de civilizaciones?», *El País*, 6 agosto, pp. 9 y 10.
- FUKUYAMA, Francis (2006): «Después del “fin de la historia”. Epílogo a la Segunda edición en rústica de *El fin de la historia y el último hombre*», *El País* (Babelia), 18 junio, pp. 16 y 17.
- HABERMAS, Jürgen (2006): *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, Madrid: Trotta.
- HUNTINGTON, Samuel P. (2002/1993): *¿Choque de civilizaciones?*, Madrid: Tecnos.
- (2005/1996): *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona: Paidós.
- KEPEL, Gilles (2004): *Fitna. Guerra en el corazón del islam*, Barcelona: Paidós.
- KÜNG, Hans (2006): «Entrevista», *El País*, 25 junio, pp. 48 y 50.
- MARDONES, José María (1998): «Geopolítica y religión: el protagonismo de las religiones en la época de la globalización», *Neoliberalismo y religión. La religión en la época de la globalización*, Estella: Verbo Divino, pp. 119-146.
- MARTÍNEZ MONTÁVEZ, Pedro (2002): «Epílogo crítico», en *¿Choque de civilizaciones?*, Tecnos: Madrid, pp. 73-90.
- MICHEL, Patrik (1994): *Politique et religion. La grande mutation*, París: Albin Michel.
- MUSTAFA, Hala (2003): «El islam y occidente en tiempos de globalización: ¿coexistencia o choque de civilizaciones?», *¿Europa musulmana o euro-islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización* (N. Alsayyad, y M. Castells, eds.), Madrid, Alianza, pp. 129-151.
- NACIONES UNIDAS (1998): 53.ª sesión plenaria de la Asamblea General, Nueva York, 4 de noviembre (A/53/PV.53).
- (2000): «Declaración del milenio», Nueva York, 13 de septiembre (A/RES/55/2).
- (2001): «Programa Mundial para el Diálogo entre Civilizaciones», Nueva York, 21 de noviembre (A/RES/56/6).
- PNUD (2004): *La libertad cultural en el mundo diverso de hoy. Informe sobre desarrollo humano 2004*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Madrid: Mundi Prensa.

- QUINTANAS, Anna (2002): «Una crítica político-antropológica al “choque de civilizaciones” de Samuel P. Huntington», *Isegoría*, 26, pp. 239-250.
- SAID, Edgard W. (1996): «La campaña contra el “terror islámico”», *El País*, 15 abril, pp. 13 y 14.
- (2001): «El choque de ignorancias», *El País*, 16 de octubre, pp. 23 y 24.
- The Pew Global Project (2006): «The great divide: How westerners and muslims view each other». *13-Nation Pew Global Attitudes Survey* (<www.pewglobal.org>).
- TOURAINÉ, Alain (1997): *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*, Madrid: PPC.
- URRUTIA, Manuel M.^a (2007): «El “regreso de Dios” a la política: las religiones “públicas”», *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, enero-junio, pp. 243-261.
- VV. AA. (2002): «What we’re fighting for: a letter from America», *Institute for American Values*, New York, february (<www.americanvalues.org/html/wwff.html>) (existe traducción al castellano en <www.aunmas.com/ataque/parte_030.htm>).

Laicidad y libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: una convivencia necesaria y difícil

Víctor J. Vázquez Alonso
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

Recibido: 26.09.08
Aceptado: 22.10.08

Resumen: La regulación jurídica de las relaciones entre el Estado y las Iglesias, o entre el Estado y el fenómeno religioso, está íntimamente relacionada en los países europeos con la historia nacional de cada país. Por este motivo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una jurisdicción necesariamente comprometida con la integración de las diferencias nacionales, ha sido especialmente respetuoso con el «margen de apreciación nacional» de las autoridades estatales a la hora de regular la gestión del pluralismo religioso. Ahora bien, esto no ha impedido la afirmación por parte del TEDH del valor objetivo de la libertad religiosa, ni la asunción de la laicidad del Estado, como un elemento consustancial al sistema democrático, y por lo tanto, como un valor integrante del orden público europeo. El hecho de que la laicidad haya sido erigida en uno de los valores de la Convención exige plantearnos cuáles son los contornos jurídicos de este principio. En definitiva, de qué laicidad estamos hablando. En este artículo, se defenderá que, dentro del ámbito del Convenio, y tomando en consideración la importancia objetiva de la libertad religiosa, la laicidad ha de entenderse como un principio indeclinable dentro del Estado de Derecho, pero también en un sentido de mínimos, y por lo tanto, en ningún caso asimilable, a los concretos perfiles que adquiere este principio en ordenamientos como el francés o el turco, donde, según circunstancias históricas y sociales, el principio de laicidad legitima determinadas ingerencias en la manifestación del derecho a la libertad religiosa.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, margen de apreciación nacional, libertad religiosa, laicidad.

Abstract: *In Europe, legal regulation of the relationship between the State and the churches, or between the State and the religious phenomenon, is closely linked to the national history of each country. Therefore, the European Court of Human Rights, a jurisdiction that is necessarily committed to the integration of national disparities, has been especially respectful with the «margin of national appreciation» of State authorities when it comes to regulate the management of religious pluralism. Nonetheless, this has not prevented the ECHR from stating the objective value of religious freedom, and the assumption of State secularism as an inherent element of the democratic system, and thus as a value that integrates the European public order. The fact that secularism has been erected as one of the Convention values calls for a better definition of the juridical outline of this principle, that is, to determine what is meant as secularism. In this article we purport that, within the Convention scope, and considering the objective relevance of reli-*

gious freedom, secularism should be understood both as a principle inalienable of the State based on the rule of law, and as a minimum threshold, and hence it is inassimilable to the specific profiles of this principle in the French and Turkish legal systems, in which the principle of secularism legitimates certain infringements of the right to religious freedom on historical and social grounds.

Key words: *European Court of Human Rights, margin of national appreciation, religious freedom, secularism.*

Sumario: 1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisdicción e integración nacional.—2. Diversidad de modelos Iglesia Estado y valor objetivo de la libertad de creencias en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos.—3. La garantía del pluralismo religioso en la jurisprudencia del TEDH. Entre la protección del derecho y la permisividad de las ingerencias.—4. La laicidad elevada a valor del Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Qué laicidad?—5. A modo de conclusión.

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisdicción e integración nacional

No parece muy arriesgado decir que el acervo cultural común entre los países firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido una de las claves del buen funcionamiento de la que puede decirse es la institución estrella en lo referido a la protección de derechos en el ámbito supranacional¹. Este sedimento cultural compartido y a buen seguro abonado por la trágica historia de guerras, enfrentamientos y miserias que ha albergado la geografía europea hasta fechas no muy lejanas², ha servido sin duda para que

¹ El propio preámbulo del Convenio hace un guiño expreso a la herencia cultural europea como fuente de inspiración del texto: «Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal».

² Los discursos radiofónicos del poeta T. S. Eliot sobre «la unidad de la cultura europea» emitidos en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, son un extraordinario ejemplo de cómo la experiencia de un «periodo de inusitada destructividad» en Europa, trajo consigo una búsqueda intelectual de los elementos culturales comunes sobre los que construir un ideal de integración europeísta, enriquecido y respetuoso con las diferencias nacionales. Para el poeta: «La salud cultural de Europa requiere dos condiciones: que la cultura de cada país sea única y que las distintas culturas reconozcan la relación que hay entre ellas, de modo que cada una sea susceptible de recibir la influencia de las demás. Y esto es posible porque hay un elemento común en la cultura europea, una interrelación en la historia del pensamiento, los sentimientos y el comportamiento, un intercambio de arte e ideas». *Vid.* T. S. ELIOT, *La unidad de la cultura europea*, Madrid, 2003.

la integración de las distintas soberanías en un orden jurisdiccional común se haya podido llevar a cabo con la dosis de generosidad nacional necesaria, para que la tutela internacional de los derechos fundamentales sea hoy, en el ámbito europeo, algo más que un ideal coyuntural y difuso³. Los años de funcionamiento de los órganos de Estrasburgo han servido igualmente para edificar un léxico europeo de derechos fundamentales, un *ius commune* continental de las libertades, al que han sido permeables las jurisdicciones nacionales, contribuyendo a la creación de una cierta cultura constitucional común⁴, sobre la que sin duda resulta más plausible la eficacia material del Convenio, más allá de los singulares pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH, o Tribunal). Aun así, el alcance del sistema europeo de derechos humanos tiene sus límites, y sobre él operan, como destaca Carrillo Salcedo, factores de «fragmentación y relativismo» que no pueden ser ignorados⁵.

Y es que pese a las cercanías y a los «acercamientos», el continente europeo es también un territorio de viejas naciones, y culturas políticas y jurídicas dispares⁶. Es por ello por lo que la suerte de su integración pasa en cualquiera de sus experimentos supranacionales, por mantener el difícil equilibrio entre el respeto a las necesidades democráticas puntuales, las tra-

³ En este sentido, en reiteradas ocasiones, el filósofo Jürgen Habermas ha interpretado el éxito de los distintos ámbitos europeos de integración supranacional como una constatación del potencial integrador del derecho en el ámbito político, aun cuando tal integración se lleva a cabo sobre colectivos nacionales diferenciados. Vid. J. HÄBERMAS, *Facticidad y Validez*, Madrid, 1998, pp. 620-622. De igual modo en *La inclusión del otro*, Barcelona, 1999, pp. 138-143.

⁴ Sobre esta vinculación entre constitución y cultura es referencia obligada la obra de P. HÄBERLE, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, 2000; en nuestra doctrina véase el trabajo de J. L. CASCAJO CASTRO, «La Cultura Constitucional», en M. A. RAMIRO AVILES, G. PECES-BARBA (coords.), *La Constitución a examen: un examen: un estudio académico 25 años después*, Madrid, 2004, pp. 107-126.

⁵ Llama la atención el autor en este sentido sobre el dato de que todo el sistema de protección de derechos humanos europeo no está creado sino a través de tratados, con lo cual «el consentimiento de los Estados soberanos va a condicionar el alcance de las obligaciones jurídicas». En este sentido, constituyen en su opinión claros límites al sistema, el hecho de que no todos los Estados miembros del Consejo de Europa vinculados al Convenio están obligados por los distintos Protocolos adicionales normativos que han ampliado la lista de derechos y libertades; y en segundo lugar, porque muchos de los Estados han formulado reservas y declaraciones interpretativas que irremediabilmente dotan de subjetividad a las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados. Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, «El Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del Siglo XXI*, Deusto, 2003, pp. 403.

⁶ Vid. M. DELMAS-MARTY, «Pluralisme et traditions nationales», en VV. AA., *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite*, Bruselas, 1996.

diciones constitucionales de los Estados Miembros, y el ejercicio efectivo de sus competencias por parte de los organismos europeos⁷.

A este respecto, toda una amalgama de principios formales, algunos de ellos previstos originariamente en el Convenio, como «la necesidad de la medida en una sociedad democrática»; y otros consolidados por la jurisprudencia, como el «principio de proporcionalidad», el «principio de subsidiariedad», o el denominado «margen de apreciación nacional», han servido al Tribunal para orientar esta difícil operación de funambulismo a partir de la cual se integra lo nacional en el seno de una jurisdicción de las libertades a nivel europeo⁸.

La armonización entre lo nacional y lo supranacional requiere una especial prudencia por parte de los ́rganos de Estrasburgo, necesariamente al amparo de un margen de discrecionalidad judicial ḿs amplio del que disfrutaban las jurisdicciones constitucionales nacionales. La importancia mediadora inherente a toda hermenéutica jurisprudencial, de cara a favorecer la comunicaci3n y el consenso⁹, se agrava cuando se trata de integrar distintas realidades nacionales en una jurisdicci3n común. Las potencialidades interpretativas del Convenio no son en este contexto sino potencialidades inclusivas, que facilitan una cierta discrecionalidad para favorecer la integraci3n. Como ha seńalado Carrillo Salcedo, al amparo de este ́mbito de valoraci3n, la jurisdicci3n europea del TEDH ha oscilado entre «una tendencia de autocontrol judicial», que acentúa el caráctér subsidiario de su jurisdicci3n, y que

⁷ Como ha reiterado Häberle, todo texto juŕdico que albergue una importante carga valorativa, como sin duda lo hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es tambi3n el sedimento de una cultura común. Esta comunidad de valores, si bien en gran medida es clave para la eficacia juŕdica del texto, puede tambi3n dificultar la integraci3n de las distintas subculturas nacionales, si no goza de dinamismo y apertura interpretativa. *Vid. Pluralismo y constituci3n*, Madrid, 2002, p. 89.

⁸ La importancia de estos principios como mecanismos de integraci3n funcional de los Estados dentro de la jurisdicci3n de Estrasburgo, ha sido recientemente desarrollada en la doctrina espańola por el profesor Javier Garća Roca. Como seńala el autor, la protecci3n de los derechos en el ́mbito del Convenio no puede entenderse al margen de la necesidad de «conjuguar un intenso pluralismo de base territorial –ḿs que la vieja soberanía absoluta– con una integraci3n europea a un tiempo prudente que puedan asumir las opiniones públcas de los Estados miembros». En este sentido, es inevitable que en determinadas materias especialmente sensibles, se plantee el conflicto de «¿Cuándo debemos avanzar en integraci3n o respetar las diferencias nacionales?». *Vid. J. GARCÍA ROCA, «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integraci3n», Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, en especial pp. 120-131. Subrayando el potencial integrador del principio de subsidiaridad en el contexto constitucional europeo, es particularmente interesante el reciente trabajo de M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, *Posibilidades constitucionales del principio de subsidiariedad*, Granada, 2008. En especial, pp. 29-44.

⁹ *Vid.*, J. L. CASCAJO CASTRO, «La interpretaci3n constitucional», *Claves de la raz3n práctca*, diciembre de 2003, p. 21.

en virtud del margen de apreciación nacional ha sido permisiva con determinadas limitaciones a los derechos reconocidos; y una tendencia más favorable a la dimensión constitucional del Convenio, como instrumento de orden público europeo de derechos y libertades¹⁰.

Pero el respeto a los contextos nacionales, a aquello que necesariamente ha de pertenecer al ámbito de decisión de los Estados, en ocasiones, paradójicamente, no sólo es una fuente de excepciones a través de las cuales se permite la ingerencia estatal en un determinado derecho recogido en el Convenio; sino que, a su vez, los criterios reiterados en la admisión de determinadas ingerencias estatales en los derechos, en función de sus necesidades democráticas, pueden acabar consolidando principios generales no previstos originariamente en el Convenio, que legitiman la regulación restrictiva del ejercicio de determinados derechos en él garantizados. Al fin y al cabo, como toda jurisdicción final, el TEDH es fuente de derecho vivo, y es natural por tanto que, a pesar de su casuismo y especial discrecionalidad, la inercia jurisprudencial acabe por establecer nuevos parámetros a través de los cuales juzgar la adecuación al Convenio de las actuaciones de los Estados. Este tránsito lo podemos observar en el contexto relacionado de la protección del derecho a la libertad religiosa, y los distintos modelos de relación Iglesia-Estado existentes en el ámbito de aplicación del Convenio; en el cual la laicidad parece haber pasado de ser una circunstancia contextual que amparaba determinadas políticas estatales restrictivas de la expresión religiosa, a erigirse por el Tribunal en uno de los valores inherentes a la sociedad democrática que conforman el orden público europeo.

2. Diversidad de modelos Iglesia-Estado y valor objetivo de la libertad de creencias en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Si una cuestión resulta especialmente sensible o permeable a la historia nacional de cada Estado en materia constitucional, ésta es sin duda la de las relaciones entre el Estado y las distintas Iglesias¹¹. Así, en Europa, los dis-

¹⁰ Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, «El Convenio Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 423-427. Esta tensión entre la subsidiaridad del Convenio y su tendencia evolutiva a imponer una uniformidad en el tratamiento de los Derechos fundamentales entre los Estados miembros es el objeto de la extensa obra de E. KASTANAS, *Unité et diversité: Notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1996.

¹¹ Es necesario recordar a este respecto como el propio proceso de integración de la Unión Europea ha sido siempre sensible a la pluralidad de tradiciones en este ámbito. El Tratado de Ámsterdam ya declaraba que «La Unión europea respeta y no prejuzga el estatus reconocido, en virtud del derecho nacional, a las iglesias las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros». Sobre este punto véase O. CELADOR ANGÓN, «Notas para una interpretación sistemática del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en materia de libertad religiosa», *Derechos y libertades*, n.º 12, 2004, pp. 141-178.

tintos modelos varían desde las viejas Iglesias de Estado (Inglaterra, Dinamarca, Grecia, Finlandia), hasta diversos sistemas de separación (Francia, Irlanda o, en lo que respecta al ámbito del Consejo de Europa, Turquía), y experimentos de colaboración o cooperación de distinta intensidad (Alemania, Bélgica, Italia, España, Austria, Portugal)¹².

Desde una perspectiva constitucional, resulta por lo tanto imposible reducir a un patrón institucional común la relación del Estado con la religión en el continente europeo. Del mismo modo, debemos añadir que cualquier tipo de clasificación o subdivisión que se quiera hacer de los modelos europeos resultará falible. En este sentido, hay que hablar necesariamente de «modelos impuros», ya que, incluso dentro de estructuras institucionales comunes, el desarrollo concreto que éstas adquieren está expuesto a factores de cambio y a distintas tendencias evolutivas, generalmente orientadas hacia una mayor secularización de las instituciones y del ordenamiento jurídico, pero no siempre con la misma intensidad, ni a través de los mismos mecanismos¹³.

Como el propio Tribunal ha reconocido, y en buena medida ha puesto de manifiesto el dilatado debate sobre la pertinencia de llevar a cabo un reconocimiento explícito de las raíces cristianas de la Unión en la Constitución europea¹⁴,

¹² Encontramos un estudio particularmente detallado de las simetrías y asimetrías existentes en el modelo de relación del Estado con las Iglesias entre los distintos países europeos en la obra de M. D. CHARLIER-DAGRAS, *La laïcité français à l'épreuve de l'intégration européenne. Pluralisme et convergentes*, París, 2002, en especial, pp. 205 y ss.; igualmente, pueden verse las páginas que dedica al estudio comparado de la regulación de la libertad religiosa en el ámbito europeo P. PULIDO ADRAGAO, en *A Liberdade Religiosa e o Estado*, Coimbra, 2002, en especial, pp. 130-275; y el trabajo compilado por J. ROBERTS, «Les Relations des Églises et de l'Etat en Europe», *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque du 11 décembre 2003 organisé à l'auditorium de la Maison du barreau par l'Istitut de formation en droits de l'homme du Barreau de Paris, et l'Ordre des avocats à la tour de Paris*, París, 2004, pp. 25 y ss. Desde el punto de vista dinámico, resulta de especial interés la distinción que realiza entre los distintos procesos de desconfesionalización en Europa, F. CHAMPION, «Entre laïcisation et sécularisation, Des rapports Église-État dans l'Europe communautaire», *Le debat*, 77, 1993, pp. 46 y ss.; igualmente véase el trabajo de S. CECCANTI, *Una Libertà comparata. Libertà religiosa, Fondamentalismi e Società Multietniche*, Bolonia, 2001, en especial, pp. 9-33. En nuestra doctrina eclesial, es destacable la obra de A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA; M. MURILLO MUÑOZ; P. C. PARDO PRIETO, *El Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea*, Madrid, 2002.

¹³ Véase en este sentido, el trabajo de I. IBAN, y S. FERRARI, *Derecho y Religión en Europa occidental*, Madrid, 1998; o J. ROBERT, «Les relations des Églises et de L'Etat en Europe», en VV. AA., *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 2004.

¹⁴ Es una cita obligada en esta materia el ensayo J. J. WEILER, *Una Europa Cristiana, Ensayo exploratorio*, Madrid, 2003. Del mismo modo, resulta especialmente ilustrativo de la disparidad de puntos de vista que caracterizó este debate, el diálogo mantenido por este autor con Francisco Rubio LLORENTE en la *Revista de Occidente*, n.º 271, diciembre 2003, pp., 87 y ss., y que sirve de epílogo a la edición española del libro antes citado.

tampoco es posible discernir a través de Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad¹⁵; y mucho menos, podríamos añadir nosotros, de la incidencia que puedan tener las motivaciones o propósitos de carácter religioso en los procedimientos de decisión democrática en los diferentes Estados¹⁶. En un principio, estas disparidades han hecho que necesariamente el TEDH no haya mostrado preferencia valorativa por un determinado modelo de relación entre la Iglesia y el Estado. La dimensión institucional de la religión ha permanecido, al menos en principio, al margen de la incumbencia de Estrasburgo.

Sin embargo, aunque no sin cierta demora, el Juez de Estrasburgo sí ha sido particularmente explícito a la hora de subrayar la importancia objetiva del derecho a la libertad religiosa en el ámbito público a través de su jurisprudencia¹⁷. En la emblemática sentencia *Kokkinakis c. Grecia*, la primera en la cual el Tribunal resuelve con una condena al Estado una demanda basada en la vulneración del artículo 9 de la Convención, se precisa «que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, representan uno de los cimientos de una sociedad democrática en el sentido de la Convención». Esta libertad figura por tanto «entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien preciado para los ateos, los agnósticos, los escépticos, y los indiferentes. Es condición del pluralismo consustancial a una sociedad libre».

En este sentido y de forma lógica, la vocación integradora de la jurisprudencia del Tribunal, y el respeto tanto por el distinto significado de la religión en la sociedad, como por la diversidad de modelos de relación entre la

Dentro de la doctrina francesa, donde la mención explícita a las raíces cristianas de la Unión despertó más suspicacias, son particularmente equilibradas las reflexiones que con la vista puesta en futuras ampliaciones de los Estados miembros y en el cambio de paradigma religioso experimentado en la Unión desde su nacimiento, realiza el profesor J. ROBERT, en «Les relations des Églises et de l'Etat en Europe», op. cit., pp. 29-40.

¹⁵ Como reconoce expresamente el Tribunal en la sentencia *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septembre 1994, §50: «Comme pour la morale, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société».

¹⁶ Un ejemplo de ello podría ser el Estado de Irlanda, donde pese a que puede afirmarse que rige un modelo constitucional de separación entre la Iglesia y el Estado, la influencia de la moral católica en la regulación jurídica de materias como el aborto ha sido más que evidente.

¹⁷ La prudencia del Tribunal a la hora de respetar la gestión jurídica estatal de la religión, hizo sin duda que se retrasasen las sanciones del tribunal en aplicación del artículo 9 para determinar la violación del convenio. Cierta doctrina llegó incluso a sugerir, en relación con el artículo 9, que «était illusorie, insusceptible de connaître une quelconque sanction juridictionnelle dans le cadre européen». Vid. F. BERGER, H. LABAYLE, F. SUDRE, «Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Française du Droit Administratif*, 1991, pp. 848. Citado por A. DEBET, «Signes Religieux et Jurisprudence Européenne», en *La Laïcité, Archives de Philosophie du Droit*, París, 2005, p. 225.

Iglesia y el Estado existentes en los países parte del Convenio, no ha sido óbice para que haya antepuesto de forma general este respeto por las características nacionales en el tratamiento del fenómeno religioso a la garantía de la libertad religiosa. Es un buen ejemplo de ello la condena al Estado sueco por obligar a un ciudadano finlandés no residente en Suecia a contribuir con sus impuestos a la Iglesia Luterana Sueca, sin que él mismo profesase esta creencia¹⁸; e igualmente, el *affaire Buscarini y otros c. San Marino*, en el cual el Tribunal atendió a la demanda de dos parlamentarios que recurrían frente a la obligación de jurar los Evangelios requerida para la toma de posesión de su cargo, priorizando la garantía de su libertad religiosa, sobre la tradición católica de la Serenísima República de San Marino¹⁹. La ya aludida condena al Estado griego en el caso *Kokkinakis c. Grecia*, por la represión penal de los actos de proselitismo religioso llevados a cabo por un testigo de Jehová²⁰, es también significativa de cómo el Tribunal, pese a no prejuzgar el estatuto jurídico de la Iglesia Ortodoxa en Grecia, impone límites a las medidas restrictivas de la libertad religiosa²¹ que pudieran ser tomadas con el objetivo de salvaguardar la confesionalidad sociológica del país. Del mismo modo, ante la negativa del Estado griego a autorizar lugares públicos de culto, el Tribunal ha declarado en distintas ocasiones que el Convenio impone una obligación de neutralidad al Estado, en el sentido de que excluye cualquier apreciación estatal de la legitimidad de las creencias²². Quizás otra de las decisiones más expresivas de esta vinculación trazada por parte del Tribunal entre la protección de la libertad religiosa y la neutralidad estatal frente a las creencias de los ciudadanos, la constituye el conocido *affaire*

¹⁸ TEDH *Darby c. Suède*, 23 de octubre 1990. Una condena que se resuelve a través de la aplicación del artículo 14 del Convenio, y no del 9, ya que la legislación sueca preveía una exención fiscal para los residentes que no fueran miembros de la entonces Iglesia oficial del Estado, pero no para los no residentes.

¹⁹ TEDH *Buscarini et autres c. San Marino*, 18 de febrero de 1999. Concretamente el Gobierno de San Marino subrayaba la importancia de salvaguardar los valores republicanos en toda democracia. Unos valores, destaca en su defensa, que en San Marino están estrechamente ligados a su historia y tradición cristiana. Para lo cual no duda en recordar el dato de que esta pequeña República europea fue fundada por un santo.

²⁰ Como es sabido, en esta sentencia el TEDH entiende que un simple acto de proselitismo en condiciones de normalidad, frente a una persona adulta y en pleno uso de su libertad, no justifica ninguna restricción en la libertad del actor, en aras de salvaguardar los principios de la sociedad democrática. El Tribunal realiza en la sentencia la distinción entre lo que puede considerarse un «proselitismo propio», esencial a la religión cristiana, y otro «impropro», de carácter agresivo, embaucador o destructivo de la personalidad, que sería incompatible con el respeto de la libertad de conciencia de los individuos, y contra el cual serían legítimas determinadas medidas de represión.

²¹ El Tribunal consideró en este sentido que la enseñanza de la religión forma parte del derecho a la libertad religiosa.

²² S TEDH *Manoussakis y ot. c. Grèce*, 26 de septiembre de 2006; *Pentidis y ot. c. Grèce*, 9 de junio de 1997; y *Tsvachidis y ot. Grèce*, 21 de enero de 1999.

Hoffmann c. Austria, en el cual el Tribunal estima que carece de cualquier «justificación objetiva y razonable» la decisión tomada por los tribunales de un país mayoritariamente católico como es Austria de privar a una madre divorciada de la custodia de su hijo por el hecho de que ésta se había convertido a la religión de los testigos de Jehová²³.

A pesar de que en decisiones como las citadas la neutralidad del Estado con respecto a las distintas religiones constituye un valor subyacente a la jurisprudencia del Tribunal, lo cierto es que en un contexto como el europeo donde las religiones mayoritarias gozan tradicionalmente de beneficios institucionales y materiales por parte de los Estados, la dimensión igualitaria de la libertad religiosa sólo puede ser garantizada en el ámbito del Convenio con importantes matices. Y es que el respeto a los diversos modelos de relación entre la religión y el Estado, requiere una necesaria condescendencia con las diferencias de trato existentes entre unas comunidades religiosas y otras²⁴. Si echamos una mirada sincera al derecho de las religiones en el ámbito europeo, podemos comprobar cómo, si bien éste ya no discrimina por la vía de prohibir, lo sigue haciendo por la vía de subvencionar o promocionar²⁵. La aplicación de la lógica del Estado Social a una libertad como la religiosa, o lo que es lo mismo, la configuración de la libertad religiosa como

²³ TEDH *Hoffmann c. Autriche*, 23 de junio de 1993.

²⁴ De esta opinión es Pablo Santaolaya, quien trae a colación una serie de sentencias del Tribunal que ponen de manifiesto cómo el respeto al margen de apreciación nacional ha impedido la construcción por parte del Tribunal de un estándar mínimo de la libertad religiosa. La primera de ellas sería la ya aludida *Darby c. Suecia* en la que el Tribunal afirma indirectamente la adecuación al convenio de la existencia de un Tributo religioso en beneficio de la Iglesia nacional, siempre que se posibilite la exoneración de los no pertenecientes a ésta. En segundo lugar, destaca la inadmisión a trámite por parte de la Comisión de un recurso presentado contra España por la Iglesia Bautista «El Salvador» en el que se denunciaban los privilegios fiscales exclusivos de los que disfrutaba la Iglesia católica por sus lugares de culto. En último lugar, Santaolaya alude a dos sentencias en las cuales el Tribunal ha entendido conformes con el Convenio sendas limitaciones de la libertad de expresión dirigidas a salvaguardar el sentimiento religioso de la mayoría de la comunidad, los casos *Otto Preminger Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, y *Wingrove c. Reino Unido* de 25 de noviembre de 1996. Vid. P. SANTAOLAYA, «Sobre el derecho a la laicidad (Libertad religiosa e intervención de los poderes públicos)», en *Revista catalana de dret públic*, n.º 33, pp. 58-61. Analizando esta misma jurisprudencia, también para evidenciar la viabilidad de las Iglesias de Estado dentro del Convenio, véase también M. D. CHARLIER-DAGRAS, *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne. Pluralisme et convergences*, op. cit., pp. 345-346.

²⁵ Tomando prestada la certera expresión de PRIETO SANCHÍS, autor al que básicamente seguimos en este párrafo. L. PRIETO SANCHÍS, «Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial», *DOXA* 15-16, 1994, p. 378. Sobre la compleja dimensión prestacional de la libertad religiosa en el derecho español y su incidencia en el principio de igualdad, véanse las páginas que a ello dedica Abraham Barrero Ortega, en su excelente monografía A. BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa en España*, Madrid, 2006, pp. 137 y ss.

una «libertad asistida» a partir de criterios histórico-cuantitativos, conduce irremediabilmente a situaciones de desigualdad para las minorías religiosas y, en gran medida, invierte la lógica de la labor promocional del Estado.

En este sentido, desde el punto de vista de los principios de neutralidad y de igualdad, la vigencia del privilegio en materia religiosa constituye sin duda una de las contradicciones constitucionales internas de muchos de los Estados europeos²⁶, sin que la secularización de las sociedades europeas, ni su paulatina recomposición pluralista o multicultural, hayan afectado en gran medida a su vigencia. El viejo vínculo entre religión y nación, permanece residualmente en los ordenamientos a través de estatutos jurídicos privilegiados de relación con el Estado para determinadas confesiones, y su continuidad no parece que vaya a ser enturbiada por la jurisprudencia de un órgano supranacional comprometido con un proceso de integración funcional realista²⁷.

Como ha señalado Charlier-Dagras, el Tribunal «no presupone ninguna antinomia entre el reconocimiento religioso y la garantía de la libertad religiosa»²⁸, sino que simplemente vincula la garantía de esta libertad al com-

²⁶ El reconocimiento constitucional del concordato y la pasividad histórica de la democracia-cristiana en el proceso de desconfesionalización del país han hecho sin duda de Italia el país donde la doctrina ha sido mas crítica a la hora de denunciar que a partir de la mayor tradición y difusión de un credo se justifique un privilegio estatal sobre otras religiones concurrentes o minoritarias. Podemos hacer referencia a distintos trabajos en este sentido. F. RIMOLI, «Laïcité» (dir. Cost), in *Enc. Dir.* p. 2; R. BIN, «La liberté de Religion», en VV. AA., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Roberto BIN y Cesare PINELLI. Turín, 1996; N. BOBBIO, en *Laïcité. Domande e risposte in 38 interviste*, Comitato torinese per la laïcité della scuola (ed.), Turín, 2003, p. 57.

²⁷ Al aludir a la «integración funcional» seguimos la terminología «Smendiana» que trae a colación Javier García Roca para referirse al tema que nos ocupa, en su prefacio al libro colectivo, J. GARCÍA ROCA, P. SANTAOLAYA (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005. pp. 13-47, en especial. pp. 33-37. En este mismo libro, podemos encontrar una certera explicación de las dificultades que marcan la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad con respecto al derecho a la libertad religiosa en el ámbito del Consejo de Europa, en artículo de Alejandro Torres Gutiérrez dedicado a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Creemos conveniente en este sentido reproducir el siguiente párrafo: «el TEDH ha actuado admitiendo sumamente amplios márgenes de apreciación en las intervenciones estatales incluida la posibilidad de trato diferenciado para las distintas confesiones, tanto desde el punto de vista de la libertad religiosa como del principio de igualdad, siempre que no implique un obstáculo para la profesión de la propia religión o no derive en discriminación, de forma que si bien el Estado ha de ser imparcial con relación a las confesiones religiosas de los individuos, no tiene por qué serlo con relación a las confesiones en las que éste se organiza». A. TORRES GUTIERREZ, «La libertad de pensamiento, conciencia y religión», *La Europa de los derechos...*, op. cit., pp. 511-512.

²⁸ M. D. CHARLIER-DAGRAS, *La laïcité français à l'épreuve de l'integration européenne. Pluralisme et convergentes*, op. cit., en especial, p. 345.

promiso del Estado con el principio de neutralidad, entendido éste en sentido débil. En realidad, el Tribunal europeo, al igual que el Tribunal Constitucional español²⁹, y en ciertas sentencias, en las que aplica el denominado *Coertion Test*, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos³⁰, ha identificado el contenido del principio de neutralidad con la simple no coerción de la libertad de religión, y no con un tratamiento igualitario de las distintas manifestaciones de la libertad religiosa por parte del Estado, y la inexistencia de vínculos institucionales o simbólicos entre el Estado y las confesiones. Y ello porque la neutralidad en sentido estricto requiere previamente, como pone de manifiesto la doctrina y la propia experiencia histórica francesa, la separación entre el Estado y las Iglesias, entendida ésta como el no reconocimiento ni financiación por parte del Estado de ningún culto³¹, una circunstancia que salvo las excepciones laicas de Francia y Turquía, no se da en ninguno de los países que forman parte del Convenio.

Por lo tanto, las autoridades europeas no han asumido la laicidad en su sentido político originario³², como presupuesto del ejercicio de la libertad religiosa en condiciones de igualdad³³. Las Iglesias de Estado son, en este sentido, compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, paradójicamente, no ya al juzgar la pervivencia de residuos de confesionalidad que quiebran la igualdad religiosa frente al Estado, sino al enjuiciar las medidas tomadas por un Estado laico como Turquía para combatir las amenazas de «deslaicización» del espacio público, el Tribunal, como veremos a continuación, ha erigido el principio de laicidad, entendido

²⁹ En este sentido, el Tribunal español ha entendido que si bien un militar no puede verse obligado a participar en actos de inequívoco contenido religioso, el principio de neutralidad no impide al Estado la participación en ceremonias de naturaleza religiosa. *Vid.* SSTC 177/1996 y 101/2004.

³⁰ *Vid.* *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 593 (1992). Esta interpretación de la *Establishment Clause* ha sido avalada por cierta doctrina, puede verse en este sentido A. SCHWARZ, «No imposition of Religion: The Establishment Clause Value», 77 *Yale Law Review*, 1968. M. McCONNEL, «Coertion: The Lost Element of Establishment», 27 *William and Mary Law Review*, 1985/1986.

³¹ *Vid.* M. BARBIER, *La Laïcité*, París, 1995.

³² El cual, podemos permitirnos decir, sería aquel que el principio adquiere en la experiencia histórica francesa J. BAUBEROT, *Historie de la laïcité en France*, París, 2000; E. POULAT, *Liberté, laïcité. La guerre des deux France et le principe de modernité*, París 1987; J. RIVERO, «De l'ideologie á la règle de droit: La notion de laïcité dans la consideration doctrinal», en *La Laïcité*, París, 1960.

³³ Curiosamente, un país donde la laicidad se identifica con la propia forma republicana de gobierno, como es Francia, fue obligado por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, a extender, en virtud del artículo 14 del Convenio, las ventajas fiscales dispensadas por el derecho francés a las «asociaciones para el culto» a la «Union des Athées Français». Resulta interesante la crítica a la legislación fiscal francesa que beneficia a las asociaciones dedicadas exclusivamente al culto, que realiza O. SCHRAMECK, en «La fin de la laïcité fiscale», *La actualité juridique-droit administrative*, 20 avril 1988.

éste en un sentido elemental y por lo tanto compatible con la pervivencia de residuos de confesionalidad en los Estados, en uno de los valores integrantes del orden ṕblico europeo.

3. La garant́a del pluralismo religioso en la jurisprudencia del TEDH. Entre la protecci3n del derecho y la permisividad de las ingerencias

A pesar de la generosidad de los t́rminos a partir de los cuales el Tribunal alude a la libertad de religi3n en su jurisprudencia, y de la amplitud con la cual el derecho viene consagrado en el art. 9 del Convenio, en t́rminos generales, el Juez de Estrasburgo, lejos de consolidar una concepci3n hipertrofiada de la libertad de religi3n, ha terminado por desarrollar una protecci3n de este derecho cuya intensidad podŕamos calificar de «perfil bajo»³⁴. La raz3n de ello la encontramos tanto en el respeto a la modelos de relaci3n Iglesia-Estado vigentes en los páses miembros del Convenio, como, sobre todo, en la necesidad de evitar poner en peligro las opciones legislativas mantenidas por los Estados de cara a integrar y regular la convivencia equilibrada del pluralismo religioso y, tambi3n, en la especial consideraci3n que el Tribunal ha concedido a las prevenciones estatales dirigidas a impedir la «deslaicizaci3n» del ́mbito ṕblico, o a limitar y controlar la expresi3n del fundamentalismo religioso.

Como destaca De Salvia, a trav3s de la jurisprudencia sobre el art. 9 del TEDH, puede comprobarse claramente c3mo el Tribunal, desde el inicio, ha tomado en consideraci3n que el propio pluralismo religioso consustancial al modelo europeo de sociedad democrática requiere, a su vez, una regulaci3n de la expresi3n de ese pluralismo en el ́mbito ṕblico³⁵. Usando la terminoloǵa empleada por Hábeler, podŕamos decir que el Tribunal, desde el inicio, ha entendido que, entre «las tareas del pluralismo» asumidas por los Estados democráticos, se encuentra la de conciliar los intereses de las diversas religiones que coexisten en sus fronteras, y que esta tarea requiere, en ciertos casos, ejecutar sobre una libertad ṕblica como la religiosa «las limitaciones necesarias para asegurar el respeto a las convicciones de cada uno».

La asunci3n de esta exigencia impide el desarrollo de lo que se ha denominado como una «concepci3n imperialista» del derecho a la libertad religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo, que tutele todas las manifestacio-

³⁴ Vid. J. F. FLAUS, «Actualit3 de la Convention europ3enne des droits de l'homme», *Actualit3 juridique du Droit Administrative*, 2000, pp. 1015-1016.

³⁵ Vid. M. De SALVIA, «Libert3 de Religion, esprit de tol3rance et laicit3 dans la jurisprudence de la Cour europ3enne des droits de l'homme», en *Libert3s, Justice, Tol3rance, M3langes en hommage au Doyen G3rard Cohen-Jonathan*, Bruselas, 2004, p. 59; V3ase en este sentido A. GARCÍA URETA, «La libertad de pensamiento de conciencia y de religi3n», en *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 329 y ss.

nes exteriores de la religiosidad. Una limitación que puede considerarse definitiva del marco de tratamiento jurídico de la religión a nivel europeo. La jurisprudencia, en este sentido, es relativamente amplia desde la década de los noventa y recoge supuestos en los que se puede apreciar el complejo equilibrio que ha de mantener el Juez de Estrasburgo entre la garantía del derecho –consustancial al pluralismo–, y el respeto al margen de apreciación de las autoridades nacionales para establecer las medidas necesarias que regulen ese pluralismo dentro de un determinado contexto democrático³⁶.

De las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal por violaciones del artículo 9 de la Convención, son aquellas que tienen su origen en demandas fundadas en la ingerencia estatal en la autonomía religiosa de las confesiones las que han definido de forma más nítida el vínculo entre la libertad religiosa protegida por el Convenio, con la garantía del pluralismo y el principio de neutralidad del Estado. El principal exponente de esta jurisprudencia puede ser el *affaire Serif c. Grecia*³⁷, en el cual, el Tribunal estimó que la condena impuesta por usurpación de funciones públicas a un ministro musulmán apoyado por buena parte de su comunidad religiosa, pero que no había sido elegido conforme al procedimiento previsto por la ley estatal, constituía una ingerencia en la libertad religiosa que violaba el artículo 9 de la Convención. Resulta interesante ver cómo la defensa del Estado griego alegaba que garantizar la unidad en la dirección espiritual de un grupo religioso, podía constituir dentro de su margen de apreciación nacional una medida necesaria en el seno de una sociedad democrática, para comprobar como el Tribunal, pese a reconocer que «las tensiones amenazan con aparecer cuando una comunidad religiosa u otra se divide», traza un límite nítido al ámbito de ingerencia estatal permitido, al señalar que las tensiones en el seno de las comunidades religiosas constituye «una de las consecuencias inevitables del pluralismo», subrayando que el papel del Estado no puede legítimamente consistir «en eliminar la causa de las tensiones suprimiendo el pluralismo, sino en velar para que los grupos concurrentes se toleren los unos a los otros». Por ello, la condena del que había ejercido como ministro de culto con el apoyo de parte de la comunidad religiosa no debía considerarse conforme al Convenio en tanto ésta no respondía a «una necesidad social imperiosa». Otro supuesto representativo de esta lógica es la sentencia *Hassan et*

³⁶ Atendiendo al recorrido por el cual la Corte de Estrasburgo transita hasta esta protección del «perfil bajo» durante la década de los noventa, véase A. GARAY, «La liberté religieuse en Europe-restriction et protection», *Conscience et liberté*, n.º 59, 2000.

³⁷ TEDH *Serif c. Grèce*, 14 de diciembre 1999; de similares características es la sentencia del caso *Agga v. Grèce*, en el cual el Tribunal condena al Estado griego, al entender que había vulnerado el artículo 9 del Convenio con la condena por usurpación de funciones pública, a un *Muftí* elegido libremente por sus fieles que había rehusado a apartarse del cargo cuando el Estado griego había designado a otro religioso para él TEDH 17 de octubre de 2002.

*Chaush c. Bulgaria*³⁸. En esta ocasión, se condena la destitución en sus funciones por parte del Estado del «Gran Mufti» que había sido elegido por sus fieles para el cargo. El Tribunal nuevamente insiste en que «la autonomía de las comunidades religiosas es indispensable al pluralismo en una sociedad democrática, y se encuentra en el corazón mismo de la protección ofrecida por el artículo 9»; y rechaza la idea de que en una sociedad democrática sean necesarias medidas que aseguren que las comunidades religiosas estén agrupadas bajo una autoridad eclesial unificada³⁹.

El margen de intervención del Estado en el pluralismo, por lo tanto, queda limitado como consecuencia de esa obligación de neutralidad a la que hemos calificado por su intensidad como débil, pero que, como mínimo, excluye «toda apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas»⁴⁰.

En relación con esto, y aunque los supuestos vistos no sean del todo asimilables, nos parece necesario reflexionar brevemente, y no sin cierta anticipación, sobre los límites que en el ámbito del Convenio Europeo pudieran afectar a las tentativas estatales, calificadas por algunos autores de «galicanistas», de llevar a cabo una política de cultos encaminada a unificar y designar de forma oficial los interlocutores con el Estado de la religión islámica. Esta cuestión se lleva planteando de forma reiterada en Francia, dado el número de ciudadanos que profesan la religión islámica en el país, y la fragmentación existente en el seno de esta comunidad⁴¹. Las dificultades reales para articular un diálogo cooperativo entre el Estado y la confesión islámica hacen que distintos autores, e incluso el actual presidente de la República Nicolas Sarkozy, hayan sugerido la necesidad de replantear la estrictas limitaciones que impone la laicidad francesa al Estado, a la hora de regular el estatuto jurídico de las confesiones y establecer relaciones con ellas. Debe

³⁹ TEDH *Hassan et Chaush c. Bulgaria*, 26 de octubre 2000.

³⁹ Podemos ver un examen detallado de esta jurisprudencia, en el exhaustivo trabajo de M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL y M. A. CAÑIVANO SALVADOR, *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 89-97; J. MARTÍNEZ TORRÓN, «La protección de la libertad religiosa en el sistema de Consejo de Europa», *Protección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Madrid, 2001, pp. 110 y ss., o A. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, *La laicidad y sus matices*, Granada, 2005, pp. 105-110.

⁴⁰ *Vid. Iglesia Metropolitana de Besarabia c. Moldavia*, 13 de diciembre de 2001. En la línea de los casos vistos, en esta ocasión el Tribunal entendió que las autoridades moldavas habían vulnerado el artículo 9 del Convenio al no reconocer a una Iglesia ortodoxa desvinculada de la Iglesia ortodoxa mayoritaria en el país, todo ello con el objetivo, según la defensa del Estado, de no lacrar uno de los elementos básicos de cohesión nacional.

⁴¹ *Vid. por todos*, B. BASDEVAN-GAUDEMET, «Le statut juridique de l'Islam en France», en *Revue de droit public*, n.º 2, 1996, pp. 355-385.

señalarse que el interés por articular canales «oficiales» de comunicación con el islam en Francia no se justifica únicamente como una proyección del principio del Estado social en el ámbito de la libertad religiosa, de cara a facilitar las condiciones de ejercicio del derecho paliando las necesidades materiales que padece la comunidad islámica; sino, a su vez, en la necesidad de impedir que dentro del estricto marco de separación que impone la ley de separación de 1905, pueda consolidarse un aislamiento comunitario en determinadas partes del país que ponga en peligro el orden público, o el propio pacto republicano. Desde esta perspectiva, nos parece que, en ciertas circunstancias, la necesidad de políticas estatales que faciliten un diálogo con las confesiones, a través del reconocimiento estatal de sus interlocutores, puede ser contemplada legítimamente por parte de los Estados, sin que ello tenga que significar una ingerencia en la autonomía de las confesiones prohibida por el Convenio, o la trasgresión del principio de neutralidad del Estado. La estimación del margen de apreciación nacional y el juicio de proporcionalidad de las medidas, muy probablemente estarán llamados en el futuro a ser los criterios encargados de matizar o perfilar la jurisprudencia del Tribunal en materia de autonomía confesional, determinando una vez más la línea de la intervención estatal permisible⁴³.

Como hemos podido ver en los casos anteriores, la afirmación de la libertad religiosa y la autonomía confesional frente al Estado es sinónimo de garantía del pluralismo, uno de los valores consustanciales a la sociedad democrática. Sin embargo, el Tribunal, desde el inicio, ha tenido presente que en un contexto de diversidad religiosa necesariamente se requiere una regulación estatal que discipline el ejercicio de las distintas manifestaciones del derecho⁴⁴. Una regulación a la que pueden ir aparejadas determinadas ingerencias, cuando, como es sabido, éstas disfruten de cobertura legal, tengan un fin legítimo según el Convenio, sean necesarias en una sociedad democrática⁴⁵. En la práctica, como destaca la doctrina, «la necesidad de la

⁴² Véanse en este sentido las propuestas de reformulación de la laicidad francesa, hacia una laicidad positiva, que proponía el presidente de la República francesa en el libro *La République, les religions, l'espérance. Entretien avec Thibaud Collin et le père Verdin*, París, 2004.

⁴³ Véase también sobre este punto: O. MONGUIN et J. L. SCHLEGEL, «Les questions de 1905», p. 91; J. MORANGE, «Peut-on réviser la loi de 1905?», *Revue Française du Droit Administratif*, n.º 1, Janvier-Février, 2005, p. 212.

⁴⁴ Más aun el Tribunal ha considerado que es un deber impuesto al Estado asegurar que los grupos opuestos se toleren. TEDH *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 de enero 1998.

⁴⁵ Vid. J. BRAGE CAMAZANO, «Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 74, Mayo-Agosto, 2003, pp. 126 y ss. La aplicación de esta doctrina en la jurisprudencia del artículo 9 dictada por el Tribunal es examinada por A. DEBET, en «Signes Religieux et jurisprudence européenne», *op. cit.*, pp. 221-247.

medida» dentro de la jurisprudencia del Tribunal, está estrechamente ligada «al margen de apreciación nacional» y al mismo «principio de proporcionalidad»⁴⁶, hasta el punto de que pueden considerarse como partes integrantes y entremezcladas de un mismo parámetro de juicio⁴⁷.

Sin duda, los supuestos paradigmáticos de limitación a las manifestaciones de la libertad religiosa han procedido de las decisiones del Tribunal sobre la interdicción de signos y vestimentas religiosas en el ámbito público: el denominado «problema del velo». Una jurisprudencia que ha adquirido especial relevancia al amparo del debate suscitado en Francia, en torno a la aplicación del principio republicano de laicidad.

Ya durante los trabajos de la comisión convocada por el presidente francés Jacques Chirac, para la reflexión sobre las exigencias concretas que el principio de laicidad impone en la escuela republicana, la «Commission Stasi», el vicepresidente aquel entonces del TEDH, Jean Paul Costa, pudo poner en conocimiento de los miembros de la Comisión, la laxitud del Tribunal europeo en estos supuestos, dejando claro que una eventual ley que prohibiese el uso de signos y vestimentas religiosas en la escuela republicana, no se consideraría contraria al Convenio Europeo por el TEDH, ya que ésta sería enjuiciada necesariamente conforme al modelo francés de laicidad⁴⁸.

La opinión del juez partía de que, en el ámbito de aplicación del Convenio, ya se había entendido legítima en virtud del principio de laicidad, y como «medida necesaria en una sociedad democrática», la restricción de determinadas formas de exteriorización de las creencias religiosas en las instituciones públicas⁴⁹. Para encontrar la primera de estas decisiones, hemos de

⁴⁶ A pesar de su irrevocable vocación casuística, este principio goza de una minuciosa y compleja construcción dogmática. A buen seguro en nuestra doctrina una de las principales si no la principal referencia sobre esta materia se encuentra en la obra de C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

⁴⁷ Vid. J. BRAGE CAMAZANO, «Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 126; J. GARCÍA ROCA, «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *op. cit.*, p. 4. Debe de subrayarse que solamente la manifestación, o exteriorización de estas libertades, puede ser objeto de limitación, siendo incoercible, en cualquier circunstancia, la dimensión interna de la libertad religiosa. En este sentido, como ha dejado claro el Tribunal, a diferencia de los artículos 8, 10, y 11, cuyo segundo párrafo engloba todos los aspectos del derecho mencionados en el artículo, el segundo párrafo del artículo 9 sólo y expresamente alcanza a la manifestación del derecho. TEDH *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo 1993.

⁴⁸ Vid. *Le Monde* el 28 de octubre de 2003 «Le Vice-Président de la Cour Européenne de droits de l'homme se déclare favorable à une loi», de Ph. Bernard.

⁴⁹ Incluso en un contexto distinto y especialmente alejado del modelo laico de Estado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha respaldado al Reino Unido, al considerar que no suponía una ingerencia en el derecho a la libertad religiosa la obligación impuesta a un profesor de respetar las horas de trabajo, a pesar de que éstas correspondían con sus horas de oración (ComEDH *X c. Reino Unido* 12 de marzo de 1981); la obliga-

remontarnos a dos asuntos, *Karaduman c. Turquía* y *Balut c. Turquía*, en los cuales, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos entendió que no existía una ingerencia en la libertad religiosa prohibida por el Convenio, por el hecho de que la Universidad turca exigiese a dos alumnas musulmanas, como condición para certificar sus estudios académicos, y dentro del marco general de restricciones al uso de vestimentas religiosas establecido por la universidad pública, una fotografía en la que éstas apareciesen despojadas de su *foulard*⁵⁰. Trece años después, en *Araç c. Turquía*, el Tribunal se enfrentará de nuevo a un supuesto de características casi idénticas. Se trataba igualmente de una alumna universitaria turca, a la que esta vez se le exigía para formalizar su inscripción una fotografía en la que apareciese con el rostro descubierto. En esta ocasión, será el Tribunal y por unanimidad, el que determine la inadmisión de la demanda, en una decisión que podría considerarse previsible, si se toma en consideración que en el período de tiempo que media entre ambos litigios, el TEDH había ido consolidando una doctrina jurisprudencial particularmente generosa con aquellas cauciones legislativas tomadas por los Estados para garantizar la neutralidad de las instituciones públicas, y sobre todo, con los esfuerzos de las autoridades de un país mayoritariamente musulmán como Turquía para velar por la continuidad de la laicidad de sus instituciones, y luchar contra el fundamentalismo religioso. Puede citarse en este sentido, la sentencia *Kalac c. Turquía*, en la cual el Tribunal, por unanimidad, estimó que en aras de proteger la neutralidad de las fuerzas armadas en Turquía, un país donde el ejército, junto a la magistratura, ha ejercido de principal defensor de la laicidad del Estado, no podía considerarse una ingerencia en la libertad religiosa prohibida por el artículo 9 del Convenio, la relegación a la reserva de un militar turco, cuando su comportamiento y sus actos revelaban que éste había adoptado opiniones religiosas fundamentalistas⁵¹.

toriedad de usar el casco cuando se conduce un ciclomotor, incluso cuando esto entra en conflicto con uso de atuendos propios de su religión, en este caso la religión Sikh (ComEDH *X c. Reino Unido* 12 de julio de 1978); o la denegación a unos reclusos de su petición de sustituir sus vestimentas penitenciarias por las vestimentas propias de su confesión religiosa.

⁵⁰ ComEDH *Karaduman c. Turquía & Balut c. Turquía*, 3 de mayo 1993. En ambas decisiones la Comisión alude al legítimo interés de las autoridades turcas de evitar que el fundamentalismo religioso lesione el orden público de las instituciones educativas del Estado, y de que en un país donde la mayoría de los ciudadanos profesa la religión musulmana, la manifestación de los ritos de esta religión pueda constituir un elemento de presión para aquellos estudiantes que no la practiquen o pertenezcan a otra religión.

⁵¹ TEDH *Kalac c. Turquía*, 1 de julio 1997. Esta permisividad del tribunal ha tenido sus límites, y la jurisprudencia ha tenido ocasión de ser menos indulgente con las medidas de control del fundamentalismo religioso en la República Turca. A este respecto, y atendiendo al contexto particular, el Tribunal ha entendido que las opiniones integristas en contra de la laicidad y la democracia y a favor de la instauración de un régimen fundamentado en la «Charria», vertidas durante un programa televisivo, no podían ser objeto de sanción, tomando en consideración el formato polémico de la emisión, la inmediatez de la opinión y su carácter exclusivamente oral. TEDH, *Müslüm Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre 2003.

Otra de las decisiones más relevantes dentro de este período jurisprudencial proviene de un conflicto que tiene como protagonista a un país como Suiza que, por lo menos en la actualidad, parece ajeno a conflictos religiosos de gran magnitud. Se trata del conocido asunto *Mme. Dahlab c. Suisse*⁵², en el cual el Tribunal hubo de considerar si, en el cuadro de su actividad profesional, prohibir a una maestra convertida al islam cubrir su rostro con un *foulard* durante las clases vulneraba lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio, o si bien, esta medida restrictiva de su libertad religiosa podía entenderse dentro del margen de apreciación del país, como necesaria en una sociedad democrática, para lograr un fin legítimo como es garantizar la neutralidad religiosa de la escuela pública, el respeto a la libertad religiosa de los alumnos, e incluso, la paz religiosa. El Tribunal no llegará a dictar sentencia sobre el asunto, desestimando la admisión de la demanda. Un aspecto relevante de esta decisión se encuentra en el hecho de que la argumentación usada por parte del Tribunal para justificar la adecuación al Convenio de la actitud del Estado no sólo versa sobre los argumentos contextuales o pragmáticos reiterados por los tribunales suizos, como la importancia del principio de laicidad en el Cantón de Ginebra o su consagración en la Constitución Federal; sino que va más allá de las circunstancias concretas que determinaban el margen de apreciación nacional, y apela al respeto a valores fundamentales del Convenio, aludiendo a las dificultades existentes a la hora de conciliar el uso obligatorio por parte de las mujeres de una prenda como el *foulard islámico* con el mensaje de tolerancia, de respeto a los otros, y sobre todo de igualdad y no discriminación que en una democracia todo maestro ha de tener hacia sus alumnos⁵³. Con esta apelación a los valores democráticos europeos, el Tribunal no deja de señalar una coincidencia axiológica entre el orden público nacional oponible a determinadas manifestaciones de la libertad religiosa por parte de los agentes públicos en el Estado laico, y los valores protegidos por el Convenio. Esta superación del horizonte contextual a la hora de argumentar sobre la adecuación al Convenio de determinadas ingerencias en el derecho a la libertad religiosa en contextos caracterizados por la vigencia de principios como el de neutralidad o laicidad del Estado,

⁵² TEDH *Dahlab c. Suisse*, 15 de febrero 2001.

⁵³ Vid. M. LEVINET en su artículo, «L'incompatibilité entre l'Etat théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt le 13 de février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Refah Partisi et autres c/ Turquie», *Revue Française du droit constitutionnelle*, n.º 57, 2004, pp. 207 y ss.; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Madrid, 2006, pp. 65-69; J. F. FLAUS, «Laïcité et Convention Européenne des droits de l'homme», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n.º 120, 2004, pp. 320-321. Debe de señalarse que el Tribunal ya había vinculado con anterioridad la neutralidad religiosa con la garantía del pluralismo educativo «esencial para la preservación de una sociedad democrática». Vid. *Kjeldsen, Buskmadsen y Pedersen c/ Danemark*, 7 de diciembre 1976.

desembocará, a raíz de la controvertida disolución del «Partido de la Prosperidad» turco, en lo que muchos autores han considerado una verdadera alusión al principio de laicidad, no ya como un modelo particular y contextual de garantía de la aconfesionalidad del Estado, sino como uno de los valores comunes y fundamentales subyacentes al Convenio.

4. La laicidad elevada a valor del Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Qué laicidad?

En el conocido caso *Refah Partisi et autres c. Turquie*, primero la Sala y luego la Gran Sala del Tribunal europeo determinaron la convencionalidad de la disolución judicial de un partido político en Turquía. A pesar de que esta jurisprudencia fue en su momento examinada con detalle y comentada en nuestra doctrina⁵⁴, expondremos brevemente los pormenores de un asunto al que irremediamente hemos vuelto la vista en los últimos meses a raíz de las actuaciones judiciales emprendidas por las autoridades turcas contra la formación política actualmente en el poder, el Partido de la justicia y del desarrollo (AKP) de Recep Tayip Erdogan, por considerar a esta agrupación un «foco de actividades antilaicas». Otro episodio más de la difícil relación entre los tribunales turcos y el derecho de asociación política, y de los partidos políticos turcos con los valores republicanos⁵⁵, que en esta ocasión, gracias al pragmatismo de la mayoría de jueces del constitucional, no terminó con la disolución de una formación política que en las elecciones de 2007 fue amparada por el 47% de los votantes⁵⁶.

⁵⁴ Vid. entre otros J. GARCÍA ROCA, «La problemática disolución del partido de la prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actividades del partidos fundamentalistas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, 2002; A. BARRERO ORTEGA, «Reapertura del debate democracia abierta v. democracia militante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La prohibición de partidos políticos*, Almería, 2004, pp. 185-204; LORENZO MARTÍN RETORTILLO, «El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia?», *Revista de Estudios de Derecho Europeo*, 2 (2002), 337 y ss.; sobre la incidencia de la doctrina del Tribunal europeo en el derecho de partidos patrio, véase la reciente monografía de M. IGLESIAS BAREZ, *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2008, en especial, pp. 250 y ss.

⁵⁵ En Turquía se han ilegalizado 24 partidos en los últimos 50 años. Véase el espacio dedicado a Turquía en el *Informe Semanal de Política Exterior*, de 4 de agosto de 2008, p. 3.

⁵⁶ El AKP es sin duda un partido extraño. Algunos politólogos lo han calificado como un OVNI político por su compleja transversalidad en el seno de la sociedad turca, a través de un discurso que engloba el liberalismo económico y el europeísmo al mismo tiempo que el conservadurismo y el islamismo moderado, propio de sus principales dirigentes, los cuales han hecho de la legalización del uso del velo en el ámbito público una particular batalla, que una vez más ha inquietado al *establishment* laico. Así, el gobierno anuló la ley que pro-

El perfil general del asunto Partido de la Prosperidad contra Turquía no era, ni mucho menos, ajeno al Juez de Estrasburgo, quien en cuatro ocasiones anteriores ya había resuelto sobre la adecuación al Convenio de la disolución de un partido político por parte de las autoridades turcas, condenando en todas ellas al Estado por la vulneración del derecho de asociación política consagrado en el artículo 11 de la Convención⁵⁷. Ahora bien, dos circunstancias hacían diferente este supuesto con respecto a los anteriores. La primera era que el *Refah Partisi* contaba en el momento de su ilegalización con una importante legitimación democrática. Se trataba del primer partido en número de votos y escaños en el parlamento turco⁵⁸, una mayoría parlamentaria que le había permitido formar gobierno en coalición con el partido de centro derecha «La Justa Voz». Esta circunstancia incrementaba el carácter –si se me permite la expresión– «contramayoritario» de la disolución llevada a cabo en esta ocasión por las autoridades turcas, aunque también, por otro lado, hacía que la posibilidad de que el partido pudiese realizar sus aspiraciones políticas inconstitucionales se convirtiese en una amenaza real y cierta a los ojos del juzgador⁵⁹.

El segundo elemento distintivo lo constituía el hecho de que, en este caso, la amenaza para el régimen democrático turco representada por el partido tenía su origen en las aspiraciones partidistas de naturaleza y origen religiosos, que transcendían de las actuaciones públicas y declaraciones hechas por sus dirigentes, las cuales, al parecer de las autoridades judiciales del Estado, constituían un peligro para la vigencia de su principio de laicidad. Un principio elevado a lo más alto de la jerarquía normativa en la Constitución del país, intangible frente a cualquier procedimiento de reforma constitucional, y que, a la luz de la experiencia histórica turca, constituye uno de los pilares básicos sobre los que se consolida el tránsito de la teocracia otomana, al sistema constitucional y democrático que –no sin sus matices– rige en esta República de población mayoritariamente musulmana⁶⁰.

hibía a las mujeres portar el velo a las universidades, un acto que tuvo la rápida respuesta del Constitucional, que anuló la decisión restableciendo la vigencia de la prohibición. Esta y otras actuaciones dieron lugar a un proceso de ilegalización del partido por actividades contrarias al principio de laicidad, finalmente abortado por el Tribunal Constitucional. *Vid.* MARK SEMO, «Turquie: la contra-offensive des Kémalistes», *Politique Internationale*, 2008, pp. 217-233.

⁵⁷ Se trata de los asuntos *Parti Communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 de enero de 1998; *Parti Socialista de Turquie et autres c. Turquie*, 25 de mayo 1998; *Parti de la Liberté et de la Democratice (ÖZDEP) c. Turquie*, 8 de diciembre 1999; y *Parti du Travail du Peuple et autres c. Turquie*, 9 de abril 2002.

⁵⁸ En concreto, disponía de 158 escaños de los 450 de la Asamblea Nacional.

⁵⁹ *Vid.* J. GARCÍA ROCA, «La problemática disolución del partido de la prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actividades del partidos fundamentalistas», *op. cit.*, p. 297.

⁶⁰ A. BARRERO ORTEGA, «Reapertura del debate democracia abierta v. democracia militante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.* pp. 187-188.

En concreto, tres fueron los objetivos políticos manifestados por los dirigentes de la formación que el Tribunal Constitucional turco consideró como una amenaza real para la laicidad del Estado y con ello para la democracia del país. El primero era la aspiración de implantar un sistema multijurídico, en el que se determinara el estatuto de derechos y obligaciones de los ciudadanos en función de la comunidad religiosa a la que perteneciesen. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional turco justificaba la disolución en la voluntad manifestada por los dirigentes del partido de aplicar la ley islámica, la «Sharia», a las relaciones jurídicas entre musulmanes, y, como derecho común, a las relaciones entre éstos y los no pertenecientes a la confesión islámica. Finalmente, el tercero de los propósitos considerados para justificar la necesidad de la disolución fue la determinación declarada o de alguna forma hecha pública por parte de los dirigentes del partido de recurrir, en virtud de la doctrina islámica de la «Yihad» o «guerra santa», a la violencia como método para conservar el poder y realizar sus objetivos políticos⁶¹.

El TEDH consideró las acusaciones según las cuales las autoridades turcas apoyaban su decisión de disolver el partido político, entendiéndolo con el Tribunal Constitucional turco que estas aspiraciones resultaban radicalmente contrarias a un régimen democrático de libertades, único posible en el ámbito del Convenio, por atentar contra valores sustantivos que se encuentran en el corazón de este modelo político como la igualdad, el Estado de derecho, o el mismo respeto por la integridad física de las personas. A la hora de ponderar la necesidad social imperiosa de la ingerencia en el derecho de asociación política y su proporcionalidad, el Tribunal valoró el hecho de que, dada la posibilidad real de que el *Refah Partisi* ostentara el poder político, la amenaza de que sus aspiraciones se vieran realizadas no era una mera conjetura improbable. En segundo lugar, como ya había realizado en otras ocasiones, el Tribunal consideró el contexto nacional histórico y, concretamente, las particulares dificultades que, desde que fue fundada por Kemal Atatürk en 1923, ha debido de afrontar Turquía para consolidar una república democrática y secularizada. Un contexto en el que la defensa del principio de laicidad del Estado posee una importancia trascendental para el sostenimiento de las instituciones democráticas, que justifica para el TEDH la ingerencia que habían realizado las autoridades turcas en el derecho de asociación política.

Pero desde la perspectiva de las relaciones entre el Estado y las religiones en el ámbito del Convenio Europeo, lo que llama la atención de la sentencia *Refah Partisi* es que el énfasis del Tribunal a la hora de justificar la restricción en la defensa del principio de laicidad del Estado no se reduce a

⁶¹ Vid. M. LEVINET en su artículo, «L'incompatibilité entre l'Etat théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt le 13 de février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Refah Partisi et autres c/ Turquie», *op. cit.*, pp. 209 y ss.

subrayar la importancia de este principio y de su vigencia en el ordenamiento jurídico y las instituciones turcas, sino que el Juez de Estrasburgo, más allá de afirmar su relevancia en el contexto nacional para la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, proclama la relación consustancial entre el principio de laicidad y el núcleo axiológico del propio Convenio. En este sentido, y parafraseando al poeta Gil de Biedma, puede decirse que finalmente, en la sentencia *Refah Partisi*, lo que sólo parecía ser las dimensiones del teatro turco (el estado laico) en realidad acaba siendo el argumento de la obra europea. Dice el Tribunal:

«el principio de laicidad es seguramente uno de los principios fundadores del Estado que responden a la preeminencia del derecho y al respeto de los derechos del hombre y la democracia».

En definitiva, a la luz de la sentencia *Refah Partisi*, parece ser que para el TEDH, la laicidad no es sólo un principio que los Estados pueden consagrar en su ordenamiento jurídico para regir sus relaciones con las confesiones, en armonía con su historia política, o con las necesidades que imponga la gestión jurídica de su pluralidad religiosa, sino que es uno de los pilares de los que no puede disponer el sistema democrático de libertades que garantiza el Convenio. Tal y como ha afirmado Garay, el Estado laico es asumido por el Juez de Estrasburgo «no ya de un modo contextual como laicidad a la francesa o a la turca», sino como una suerte de «laicidad cultural, que formaría parte de una concepción de la sociedad democrática según la cual el Estado de Derecho, justamente porque garantiza la libertad de religión, es el lugar para situar y limitar las manifestaciones externas del fenómeno religioso»⁶². Y parece que en este sentido, como señalaba Jean François Flauss, este pronunciamiento constituye «el punto de partida de una jurisprudencia que consolida la laicidad como parte de los valores y principios que integran el orden público material europeo oponible»⁶³, e incluso como uno de los «componentes del patriotismo de la Convención»⁶⁴.

Observamos a este respecto que dentro del Tribunal, se produce la aporía de que a partir de una jurisprudencia en un principio tendente a permitir un amplio margen de apreciación nacional en lo referido a la relación del Esta-

⁶² Vid. A. GARAY, «La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention Européenne des droits de l'homme», *Le Dalloz*, París, n.º 2, 12 janvier 2006, pp. 103 y ss. A este respecto véanse las páginas 106-108. Véase en el mismo sentido J. ROBERT, «Les relations des Églises et de L'Etat en Europe», *op. cit.*, p. 30.

⁶³ Vid. J. F. FLAUSS, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme», *Actualité Juridique Droit Administrative*, junio, 2003, p. 610.

⁶⁴ Vid. J. F. FLAUSS, «Laïcité et Convention Européenne des droits de l'homme», p. 319.

do con el fenómeno religioso, termina consolidándose la laicidad del Estado como un valor integrante de los principios necesarios en la sociedad democrática europea, como el respeto a las libertades de los otros y la preeminencia del derecho. Esta suerte de «europeización del derecho de las religiones» en torno a la laicidad y a través de la jurisprudencia del TEDH acomoda sin duda los modelos de laicidad francesa o turca en el ámbito europeo dentro de una jurisprudencia que apuesta por la primacía de lo jurídico sobre las diferencias culturales y religiosas⁶⁵. A su vez, el recurso al término «laicidad» por parte del Tribunal, aun en defecto de una mención explícita de éste en el Convenio, ampliaría el cuadro jurídico del orden público europeo⁶⁶, el cual, como es sabido, no sólo está compuesto por los derechos y libertades sino también por los valores comunes fundamentales recogidos en el preámbulo del Convenio⁶⁷.

En este sentido, como ha señalado la doctrina, el asunto *Refah Partisi* afianza a través de su afirmación de laicidad la doctrina jurisprudencial que el Tribunal había elaborado en aplicación del artículo 9, confirmando que las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, no son desde el punto de vista jurídico una suerte de derechos *atrappe tout*. Como destaca Flauss, esta jurisprudencia deja claro que el Convenio de derechos no puede

⁶⁵ Vid. J. F. FLAUS, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 611.

⁶⁶ La expresión «orden público europeo» fue usada por primera vez por la Comisión en 1962 en el asunto *Austria c. Italia*, con posterioridad el Tribunal acuñó su alcance en el asunto *Temeltasch* 18 de enero de 1978 *Irlanda c. Reino Unido*, en donde afirma que «el Convenio, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, desborda el ámbito de aplicación de la mera reciprocidad entre los Estados contratantes. Además de una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales, crea unas obligaciones objetivas, las cuales disfrutan de una garantía colectiva», desde entonces el Tribunal se ha referido al Convenio como un «instrumento constitucional de orden público europeo». Vid. A. QUERALT JIMENEZ, *El Tribunal de Estrasburgo: Una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, 2003, pp. 68-70. Es particularmente interesante el estudio realizado desde la filosofía del derecho por el profesor Álvarez Ortega, sobre la progresiva convergencia hacia una unidad axiológica entre el concepto de orden público europeo y el de los Estados miembros de la Unión. En él ofrece una tentativa de definición que merece la pena ser transcrita literalmente: «Orden público debe entenderse como el núcleo axiológico inderogable de un ordenamiento que recoge su eticidad específica y concreta y se halla defendido por un pluralidad de mecanismos técnicos. El recurso al orden público supone, en todo el ordenamiento, una quiebra importante de valores esenciales interrelacionados y configurantes del *ethos* de una sociedad determinada; una quiebra originada por una retorsión en el normal funcionamiento de las normas que arroja un resultado intolerable que trata de evitarse mediante la ponderación de los bienes jurídicos y derechos en juego en cada caso concreto». Vid. M. ÁLVAREZ ORTEGA, «Orden público: unidad axiológica y espacio europeo», *Anuario de derecho europeo*, n.º 3, 2003, p. 43.

⁶⁷ Vid. P. ROLLAND, «Ordre public et pratiques religieuses», J. F. FLAUS (ed.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruselas, 2002.

ser un instrumento de *confort* personal. Cualquier concepción hipertrofiada de la diversidad cultural tendrá como límite la laicidad en tanto «principio fundador del Estado», a través del cual se garantizan la libertad religiosa y la preeminencia del derecho⁶⁸.

La deducción realizada por la jurisprudencia de Estrasburgo del principio de laicidad del Estado puede leerse como una apuesta por un modelo de integración del pluralismo religioso, lejano del relativismo axiológico, en el cual el ejercicio del derecho a la diferencia está sometido a la asunción no sólo de los procedimientos de la democracia, sino también de los valores que la sustentan. Usando la terminología «berliniana», el Tribunal Europeo de las libertades ha asumido en gran medida la aporía liberal de que el orden de libertades europeo también conlleva pérdidas y excluye formas de vida⁶⁹, y en última instancia, el Convenio Europeo de Derechos humanos, como regulación jurídica de carácter objetivo y vinculante, ha de servir para delimitar los límites de la tolerancia. La defensa de la laicidad y el pluralismo, consecuencia tanto del deber de neutralidad del Estado como de una estimación positiva de la heterogeneidad social y el disenso, parece una orientación valorativa adecuada para una jurisprudencia de vocación necesariamente integradora no sólo de distintas realidades nacionales, sino también de una comunidad política multicultural, en la que conviven ciudadanos cuyo equipaje metafísico es muy dispar. La afirmación de estos principios por la jurisprudencia del TEDH refuerza sin duda la vigencia del orden europeo, al mismo tiempo que, como ha señalado algún autor, realiza una necesaria labor pedagógica –e integradora– delimitando el terreno de lo permisible en democracia⁷⁰. Desde esta perspectiva, a pesar de que la sentencia pueda ofrecer dudas y resulte siempre problemática la asimilación en el ámbito del Consejo de Europa de determinadas patologías de la rígida «tutela democrática» que imponen los tribunales, y, por qué no decirlo, el ejército en Turquía, *Refah Partisi* es una sentencia justamente celebrada en Europa.

Ahora bien, la proclamación de la «laicidad» en el Convenio requiere ser tomada con ciertas cautelas y matices. En primer lugar, debe de señalarse que el «bilingüismo» del Tribunal no alcanza en esta ocasión a dotar de

⁶⁸ Concretamente, para el autor, en el ámbito del derecho internacional privado, el principio de laicidad está llamado a jugar un papel relevante, como parte integrante del orden público material oponible a las resoluciones extranjeras que consagren o apliquen normas discriminatorias fundadas sobre principios religiosos. La vigencia del principio de laicidad nace de la esperanza de que por fin «sea el gran momento en que el orden público europeo de los derechos del hombre territorialice plenamente las normas de derecho internacional privado aplicables a la determinación del estatuto personal de los individuos». J. F. FLAUSS, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 611.

⁶⁹ I. BERLIN, *El fuste torcido de la Humanidad*, Barcelona, 2002.

⁷⁰ Vid. A. GARAY, «L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme», en *Revue du droit international et de droit comparé*, Bruselas, 2005.

coherencia al tratamiento del concepto. «Laïcité» no es «Secularism». Como ha señalado algún autor, en unos tiempos en los que pocas palabras se resisten a la «anglicización», que la «laïcité» sigue siendo un concepto singularmente francés⁷¹, recibido en otros ordenamientos jurídicos, generalmente en países de tradición católica, donde se afirma como principio jurídico por lo común a partir de una operación de exégesis constitucional, con los matices propios que impone tanto la convivencia con otros principios constitucionales, como la especial permeabilidad a los factores históricos o sociológicos que caracteriza a la regulación jurídica de las relaciones entre el Estado y las religiones. La laicidad surge históricamente a través de un proceso inflexivo y de ruptura que supone la desconfesionalización de la estructura estatal, mientras que el secularismo hace alusión a otro proceso más progresivo y dinámico, propio de los países de tradición protestante, en el cual se afirma de forma paulatina la libertad religiosa en la sociedad, pero sin que ello implique necesariamente una ruptura paralela de los vínculos institucionales históricos entre el Estado y la Iglesia nacional⁷².

En buena lógica, y tomando en consideración la necesaria vocación integradora de su jurisprudencia, el TEDH no puede apelar al principio de laicidad con su significado político originario, ya que éste sería incompatible con buena parte de los modelos de relación Iglesia-Estado vigentes en el ámbito del Convenio. Por este motivo, se señala que el Tribunal no alude al valor de la laicidad como una «laicidad a la francesa», sino como una «laicidad cultural». Esta «laicidad cultural» es una laicidad de contenido mínimo o esencial, pero, al mismo tiempo, consustancial a la cultura política común de los Estados: la democracia liberal. El Convenio hace de la laicidad un valor europeo en tanto se opone a todo modelo de Estado o sociedad organizado según reglas religiosas —es decir, a la teocracia— y protege la igual libertad de las personas independientemente de sus convicciones religiosas. Esto significa que los Estados están legitimados por el Convenio para tomar medidas contra determinados intentos de deslaicización del ámbito público, como aquellos dirigidos a implantar un derecho de origen religioso, estático e inmutable, por encima del propio principio de soberanía popular y del Estado de derecho; o a estratificar jurídicamente a los ciudadanos en función de sus creencias religiosas, rompiendo el concepto jurídico de ciudadanía. Ni la libertad religiosa, ni la libertad de asociación política amparan ninguna de estas conductas.

Por otro lado, hay que señalar que la laicidad es una cualidad que se predica del Estado y de sus instituciones, no del ciudadano ni de la sociedad. En el Estado laico, las instituciones públicas y sus agentes han de mantener una

⁷¹ Vid. J. BAUBEROT y E. POULAT, *Laïcité, Enciclopedia universales*, 2002, vol. 13, pp. 257-262.

⁷² Vid. F. CHAMPION, «Entre laïcisation et secularisation. Des rapports Église-État dans l'Europe communautaire», *op. cit.*, pp. 46 y ss.

actitud de escrupulosa neutralidad religiosa, pero ninguna obligaci3n de neutralidad religiosa se impone a los ciudadanos en virtud del principio de laicidad del Estado. Precisamente el Estado laico nace con la modernidad poĺtica de la propia separaci3n liberal entre Estado y sociedad civil⁷³. El Estado no reconoce, prohíbe ni promociona ning3n culto, y las religiones «compiten» en el seno de la sociedad sin ninguna intervenci3n por parte del Estado. La 3nica limitaci3n que impone el principio de laicidad al ciudadano es que 3ste no puede imponer por ś mismo, ni pretender imponer a trav3s del aparato estatal, su verdad religiosa a una persona, ni a la comunidad. En este sentido, la laicidad es tambi3n como se ha dicho «un principio activo contra toda la forma de opresi3n de la conciencia de los individuos, provenga 3sta de las instituciones p3blicas o de las comunidades religiosas»⁷⁴. Sin duda, 3sta es la gran lecci3n que nos recuerda a los europeos el TEDH en la sentencia *Refah Partisi*.

En este sentido, es cuestionable que la imposici3n de restricciones en el 3mbito de las instituciones p3blicas a la libertad religiosa de los ciudadanos se justifique seg3n el principio de laicidad. 3sta ha sido por motivos muy precisos la soluci3n turca, y desde el 2004, tambi3n la soluci3n francesa en relaci3n con el problema del velo en las escuelas, donde la obligaci3n de neutralidad de los funcionarios y agentes p3blicos se ha trasladado a los usuarios del servicio bas3ndose en la misma l3gica del principio de laicidad del Estado. En mi opini3n, esto supone una reformulaci3n, en cierto modo ideologizada, del principio de laicidad franc3s que no casa con la construcci3n juŕdica liberal que la doctrina y el Consejo de Estado han hecho de este principio. Aun aś, esto es discutible, y en el caso franc3s, la composici3n y el rigor de los trabajos de la Comisi3n cuyo informe dio origen a la ley invitan por lo menos a reflexionar sobre la necesidad de la medida con cierta cautela. Sin embargo, lo que no es discutible es que, el significado de la laicidad en el 3mbito del Convenio no puede mimetizarse con las dos soluciones contextuales turca y francesa. La laicidad no puede ser un principio que absorba, legitim3ndolas en nombre de la convenci3n, las limitaciones a la manifestaci3n del derecho a la libertad religiosa.

Otra cosa distinta es que, dado que en el juicio sobre la convencionalidad de estas restricciones es crucial el contexto de la prohibici3n y el margen de apreciaci3n del Estado, el hecho de que la laicidad sea interpretada en países como Turquía o Francia como una condici3n necesaria para la integraci3n de su pluralismo religioso, la paz religiosa o la educaci3n en los valores de la Rep3blica... puede determinar un juicio afirmativo sobre la adecuaci3n al Convenio de medidas que suponen una ingerencia en la libertad

⁷³ Vid. M. BARBIER, «Esquisse d'une th3orie de la laicit3», *Le Debat*, n.º 77, 1994.

⁷⁴ Vid. G. KOUBI, «La laicit3 sans tolerance», *Revue de la Recherche Juridique*, 1994, n.º 3, p. 722.

religiosa como la de prohibir el uso del velo en las aulas estatales a las alumnas musulmanas⁷⁵. No está de más recordar que, en muchos de los Estados europeos, aún es frecuente encontrar simbología religiosa, concretamente crucifijos, en las aulas de la escuela pública. Ciertamente, en este contexto donde la laicidad escolar parece no constituir una necesidad democrática para el Estado, una legislación limitativa del uso de simbología religiosa por parte de los alumnos según el propio principio de laicidad sería no sólo un contrasentido, sino también una evidente e impermissible discriminación religiosa⁷⁶.

El TEDH tuvo la oportunidad de trazar una distinción entre el principio de laicidad que puede considerarse consustancial a los valores democráticos protegidos por el Convenio, y el concepto jurídico de laicidad que al amparo de un singular contexto histórico y cultural es aplicado por los jueces turcos, en el asunto *Leyla Sahin c. Turquía*⁷⁷. En este caso, otra vez la Sala y la Gran Sala del Tribunal hubieron de sentenciar si la interdicción del uso del *foulard* a una alumna musulmana de la universidad pública turca, justificada según el principio de laicidad del Estado, vulneraba o no el artículo 9 del Convenio.

Como en anteriores ocasiones, el Tribunal, a la hora de valorar la necesidad de la medida, subraya el importante margen de apreciación del que disfrutaban las autoridades nacionales en este ámbito, y destaca las diferentes tradiciones existentes en Europa en lo que se refiere al tratamiento jurídico de la religión, para posteriormente singularizar el contexto turco con deteni-

⁷⁵ Así lo entiende Martín Retortillo, quien afirma que «no en cualquier parte, ni en cualquier circunstancia, pero la defensa de bienes jurídicos tan señalados como la neutralidad de unas instituciones, o la laicidad en todos los escalones del Estado, en aquellos sistemas que se los toman en serio, justifican sobradamente ciertas restricciones en lo que sería el desarrollo normal de la libertad religiosa, como que no se haga alarde de una concreta opción religiosa a través, por ejemplo, de determinados símbolos o atuendos». Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de las guerras de religión a meras cuestiones administrativas», *op. cit.*, p. 89.

⁷⁶ Vid. en este sentido, no es extraño que como demuestran diversos estudios, la línea general mantenida en Espora en relación con el uso de simbología religiosa en el ámbito escolar es la permisión, salvo en aquellos supuestos específicos en los cuales su uso pueda impedir el desarrollo de normal de las actividades escolares, o la identificación del alumno. En este sentido es interesante ver cómo la polémica sentencia de un Tribunal de Apelación Británico *Shabina Begum v. Head Teacher adn Governors of Denbigh High School* (2004), en la cual se declara que la expulsión de una alumna de su centro educativo por negarse a despojarse de la *jilbad* había constituido una violación de la libertad religiosa, al tomar en consideración el asunto *Sahin v. Turquía*, señala la relevancia del contexto jurídico en el que se aplica la medida restrictiva. El Tribunal destaca en este sentido que «existen consideraciones dignas de apreciación por un Estado cuya Constitución profesa el valor del secularismo que no resultan necesariamente aplicables a Reino Unido». Citamos el caso y tomamos la traducción, a partir del artículo de M. FRAILE ORTIZ, «Algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 24, Enero-Abril, 2005, p. 219.

⁷⁷ TEDH *Leyla Sahin c. Turquía* 10 de noviembre 2005.

miento, a través de un recorrido histórico por la vida de la República desde su fundación. Todo lo cual le sirve al Juez de Estrasburgo para poner nuevamente de manifiesto la condición basililar del principio de laicidad en la democracia turca, y las exigencias que requiere en su contexto político y cultural la garantía de los derechos de terceros y del principio de igualdad de sexos. No se olvida tampoco de destacar la presencia en Turquía de movimientos fundamentalistas e integristas, y el necesario margen que han de tener las autoridades turcas para tomar las medidas necesarias contra estos movimientos. Hasta aquí, de acuerdo. Pero en su argumentación, la sentencia alude, de forma desconcertante, a dos precedentes *Dahlab c/ Suiza* y *Refah Partisi c/ Turquía*, que distan de ser semejantes al que enjuiciaba la Corte en esta ocasión y que enturbian, sin duda, la lógica del Tribunal. Con respecto al primero, coincidimos con Lasagabaster en la improcedencia de la analogía trazada por el Tribunal⁷⁸. La diferencia crucial en nuestra opinión es que en *Dahlab c/ Suiza* se trataba de una maestra de la escuela pública la que había visto restringida su libertad religiosa, al impedírsele durante las clases el uso del *foulard*. Al tratarse de un funcionario público, y más aún en el ámbito escolar, donde, como bien apreciaba el Tribunal, un signo fuerte de pertenencia religiosa puede tener impacto sobre alumnos de corta edad, las exigencias derivadas del principio de neutralidad del Estado se imponen de una forma singular⁷⁹. La vinculación de un funcionario público al principio de neutralidad estatal, o al propio principio de laicidad, no es de ninguna manera asimilable a la de un alumno universitario. Recordemos que la laicidad es un principio que vincula al Estado, precisamente para que los ciudadanos puedan ser libres –y con ello no neutrales– en su religiosidad. Más confusas aún resultan las continuas alusiones del Tribunal a la sentencia *Refah Partisi*, un supuesto donde, como hemos visto, la laicidad se afirmaba frente a las tentativas de suplantación del Estado de derecho, la ruptura del concepto jurídico de ciudadanía y la incitación a la violencia como método político. ¿Es esto asimilable al uso de vestimentas o símbolos religiosos en el ámbito público? Ciertamente no. Con la alusión al asunto *Refah Partisi*, el Tribunal parece darnos a entender que el principio de laicidad consustancial a la cultura de la democracia, y que proclamaba como uno de los pilares fundadores del Estado de derecho, es sin más y en abstracto oponible a una manifestación de la libertad religiosa, como es el uso de *foulard*

⁷⁸ I. LAGASABASTER HERRARTE, «El velo islámico en la universidad turca. Nota a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, 2004, pp. 392; igualmente crítica en este sentido es M. FRAILE ORTIZ, «Algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo», *op. cit.*, p. 220.

⁷⁹ *Vid.* por todos, la monografía de P. LANGERON, *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, París, 1996.

islámico en el ámbito de una institución del Estado. Esta me parece una senda errónea⁸⁰.

La laicidad como principio que legitima las restricciones a las manifestaciones de libertad religiosa no es común a la cultura democrática europea, sino que es propia de un contexto muy determinado y excepcional como el turco. El Tribunal debe entonces plantearse la compatibilidad del modelo de laicidad turco con el Convenio, y hacerlo a la luz de la Historia y en función de las particulares circunstancias en las que las autoridades de ese país han ejercer su función de «organizador neutro e imparcial» del pluralismo religioso, garantizando el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática. Ahora bien, esto no le exime, como bien señala la juez Tulknes en su voto particular, de una ponderación de los bienes en conflicto y un juicio sobre la proporcionalidad de la medida. Es decir, que el margen de apreciación nacional no puede agotar el juicio sobre «la necesidad social imperiosa», ni más ni menos porque el derecho a la libertad religiosa «no es una cuestión local en el ámbito del Convenio». En definitiva, la necesaria y generosa colaboración de Estrasburgo con los esfuerzos de las autoridades turcas para consolidar una democracia secularizada, no puede desembocar en una devaluación del perfil garantista de la doctrina del Tribunal sobre el derecho a la libertad religiosa, dentro de una jurisprudencia que por distintas exigencias realistas ha sido cuanto menos timorata. En *Leyla Sahin c. Turquía*, el Tribunal, en mi opinión, afirmó de una manera prudente y acertada la compatibilidad de modelo de laicidad turca con el Convenio, pero no ofreció la argumentación necesaria para justificar en el supuesto concreto la proporcionalidad de la ingerencia en el derecho a la libertad religiosa.

5. A modo de conclusión

En el seno de una jurisdicción de necesaria vocación integradora, que asume el pluralismo y donde las tradiciones jurídicas de los Estados miembros han de ser respetadas, al preguntarnos, en relación con los modelos de relación Iglesia-Estado presentes en su ámbito de jurisdicción, si debe avan-

⁸⁰ Igualmente críticos con el razonamiento y el fallo de la Gran Sala, Eugenia Relaño y Alain Garay destacan esta ambigüedad o imprecisión en el acercamiento al concepto jurídico de laicidad por parte del Tribunal en los siguientes términos: «... para evitar un análisis pormenorizado del caso presente y del contenido del concepto de laicidad, el Tribunal opta por confirmar el concepto de laicidad mantenido en el caso Refah Partisi sin considerar si, esta vez, la interpretación de la laicidad ofrecida por las autoridades turcas puede llegar a vulnerar los derechos del Convenio. La simple mención reiterada y general del concepto de laicidad por el Tribunal no debe obstaculizar un debate riguroso sobre el contenido de la laicidad turca», *vid.* E. RELAÑO PASTOR y A. GARAY, «Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: *Leyla Sahin c. Turquía*», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 12, 2006, pp. 17-18 (citamos las páginas por la versión del artículo colgada en la página <www.iustel.com>) Este artículo también se encuentra publicado en la *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 6, 2006.

zarse hacia su armonización, o bien respetar las opciones nacionales, la única respuesta sensata es que el Tribunal debe tomarse en serio la protección de la libertad religiosa. Tiene razón el Juez de Estrasburgo cuando afirma la imposibilidad de una comprensión unívoca del rol de la religión en la sociedad europea, e igualmente, son evidentes las importantes diferencias existentes en el ámbito de las relaciones Iglesia-Estado entre los países miembros del Consejo de Europa, y la geometría variable de principios constitucionales como el de laicidad. Esto, unido a la lógica de la subsidiariedad, hace que la única forma en la cual puede proclamarse la laicidad como parte integrante del orden público europeo sea, tal y como hizo la Gran Sala en la sentencia *Refah Partisi*, aludiendo a su sentido mínimo o esencial, como una laicidad inherente a la cultura democrática de los europeos, que se concretaría en la preeminencia del derecho, la igualdad en el estatuto del ciudadano independientemente de su religión, y el necesario respeto a los derechos fundamentales en la manifestación de la libertad religiosa. Aun así, no debemos olvidar la Historia de nuestro continente, y cómo ésta ha puesto de manifiesto que existe un nexo lógico –y cronológico– entre la separación de la Iglesia y el Estado y la garantía real de la libertad religiosa más allá de la mera tolerancia⁸¹. Si la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos toma en serio la libertad religiosa, y toma en serio la dimensión igualitaria de este derecho⁸², esto, sin duda, irá de la mano de una afirmación más enérgica de los dos componentes del principio de laicidad del Estado, la separación entre el Estado y las confesiones, y la neutralidad religiosa⁸³. En este sentido, la efectividad de una armonización exigente del canon europeo de protección de la libertad religiosa pasa necesariamente, tanto por una revisión de los residuos de privilegio confesional que perviven en muchos Estados parte del Convenio, como por un control menos condescendiente de las reformulaciones coyunturales o contextuales del principio de laicidad, extremadamente restrictivas del derecho a la libertad religiosa.

⁸¹ Vid. G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1982, pp. 25-123.

⁸² Vid. A. BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa en España*, op. cit., pp. 137 y ss.

⁸³ En este sentido coincidimos con Pablo Santaolaya, quien reflexionando sobre el impacto que pudiese tener la consagración del derecho a la libertad religiosa en la Constitución Europea, señalaba que «cualquier diferencia de estatus entre confesiones religiosas debe estar en condiciones de superar este test, y probablemente muchas de las cosas que hoy hemos visto considerar dentro del margen nacional de apreciación no podrán continuar siéndolo en el futuro. Sólo así será posible hablar de la libertad religiosa como derecho fundamental de los europeos. Parece, por tanto, que se puede apuntar de una tendencia a la progresiva construcción de un concepto unitario de la libertad religiosa en Europa, que necesariamente vendrá unido a la expansión del derecho a la laicidad». Mi único desacuerdo con el autor es que, en mi opinión, el principio de laicidad define la actitud del Estado hacia el fenómeno religioso, y no admite su comprensión como un derecho subjetivo. Vid. P. SANTAOLAYA, «Sobre el derecho a la laicidad (Libertad religiosa e intervención de los poderes públicos)», op. cit., p. 66.

Aportaciones especiales de derecho y equidad en las vicisitudes del concurso*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto
Ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España

Recibido: 21.11.07

Aceptado: 22.10.08

Resumen: El vigente procedimiento concursal puede beneficiarse de las aportaciones consistentes en dictámenes jurídicos externos y acciones de mediación equitativa. Los primeros conciernen a la unidad de las empresas ocultas bajo apariencias de pluralidad, a la noción de persona especialmente relacionada con el deudor, a la designación de delegados del órgano de administración, a la atribución de competencias específicas, a la determinación del nivel de diligencia de los administradores y a las expresiones de la justa causa. La segunda destaca la importancia del esfuerzo de los mediadores para garantizar la viabilidad futura de la empresa y conservar el mejor de los niveles posibles de empleo. La continuidad de las actividades productivas, en vez de la venta forzosa de la empresa o de sus elementos, resalta la naturaleza de derecho fundamental que adquiere la libertad de iniciativa económica.

Palabras clave: Concurso. Informes jurídicos externos. Acción mediadora. Transmisión de empresa. Libertad económica.

Abstract: *The prevailing procedure of insolvency admits the benefits consisting in the reception of external opinions and the actions of an equitable mediation. The first concerns to the unity of the enterprises hidden under the appearance of plurality, to the notion of people specially related with the debtor, to the designation of the delegates of the administration, to the assign of specific attributions, to the level of the duty diligence and to the idea of juste cause. The second shows the importance of the task developed by the mediators to assure the future viability of the enterprise and the best level of occupation. The continuity of the industrial activities, instead of the unavoidable auction of the enterprise or its elements, shows clearly the nature of fundamental right acquired by the economic freedom.*

Key words: *Insolvency. External opinions of law. Mediation. Transmission of the enterprise. Economic freedom.*

* Este trabajo forma parte de la contribución del autor al cuestionario del curso que, sobre *Metodología de la Administración Concursal*, organiza, en el 1.º semestre de 2008, el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial).

Sumario: 1. Sucesión de actitudes ante la efectividad del Derecho y modernidad del llamamiento al *depósito de las normas del orden natural de la equidad* y a los modos extrajudiciales de composición de conflictos.—2. Operaciones de Derecho y emisión de pareceres extrajudiciales en circunstancias notables e interesantes del concurso.—3. Supuestos aconsejables de mediación equitativa que pueden darse en momentos notables del proceso concursal.—4. Otros casos de mediación cualificada en las operaciones del concurso.—5. Utilidad de las formas de mediación equitativa en los casos de *enajenación forzosa del todo empresarial* o de unidades productivas autónomas.—6. Conclusiones acordes con los razonamientos que preceden.

1. Sucesión de actitudes ante la efectividad del Derecho y modernidad del llamamiento al *depósito de las normas del orden natural de la equidad* y a los modos extrajudiciales de composición de conflictos

Vale afirmar, como premisa de estas reflexiones, que la emisión de dictámenes especializados o suplementarios —al margen de las actuaciones de un proceso concreto— obedece a la necesidad de acelerar la pacificación jurídica de las contiendas, como aquí ocurre con *ciertos episodios del concurso*, y cooperar a que el mundo del Derecho se mire en el espejo de un *universo equilibrado*, donde la razonabilidad —ecuaníme y serena— triunfe sobre las adversidades antagónicas. El llamamiento a los modos de composición que encierran la conciliación, la mediación y el arbitraje, se explica por el común afán de prestigiar y difundir unas soluciones de equidad cuya intensa demanda social acrecienta la serie de sus justificaciones.

El tratamiento de los problemas jurídicos requiere hoy día —acaso más que nunca— la toma en consideración de la equidad, *acogiendo las soluciones arregladas a la justicia material, a la sugestión del buen sentido, a la preponderancia del dictamen de la recta razón y a la explotación del depósito de las normas del orden natural*. No es ésta una idea aparatosamente nueva, sino conscientemente compartida por cuantos forman la comunidad de juristas y asumen igual inclinación.

Los juristas y los historiadores especializados han presenciado las predilecciones que —a la hora de elegir el mejor de los Derechos deseables— acusaban alternativas monótonas y aleccionadas por sus consecutivas experiencias. A la apuesta por *soluciones equitativas individualizadas* sucedió la que propiciaba un *Derecho general en el espacio, protector de los intereses peculiares de un ámbito geográfico de soberanía, y en el tiempo, dadas sus pretensiones de alcanzar una eficacia duradera*. La elección —técnicamente irreprochable y ungida por un espíritu de naturalidad y de progreso— *no ha saciado el hambre y la sed de justicia* de los pobladores de la familia humana. Por aquello de *ser lo mejor enemigo de lo bueno*, los clamores de la restauración de la equidad resucitan, apremian y se incorporan a los signos de

los tiempos. Ni los atestados depósitos del *Derecho común de las recepciones*, ni la autenticidad del *yusnaturalismo realista* que aportó los materiales básicos de la obra codificadora, ni la evolución de ésta en sí misma, ni las relativizadas ambiciones del *Derecho común europeo* –por citar, de pasada, los hitos más visibles– han fraguado un *estilo de justicia* que acoja las demandas de un Derecho equitativo, saludable y añorado por cuantos no pueden celebrar aún las excelencias de su aplicación ni beneficiarse de sus efectos admirables.

La propuesta que, en el último tercio del siglo pasado, defendió la recepción modernizante de un *Derecho llamado mundial, más bien que universal*, auguraba –con la ingenuidad de los estudiosos de laboratorio– que la futura acción los poderes públicos garantizaría la solidez de su establecimiento, aumentaría sus elementos de justicia, implantaría un *bien común universal* y frenaría los excesos de los adelantos industriales y tecnológicos. La Historia –plagada de sucesos y exenta de razones– ha obrado como las contrarrevoluciones que devoran las adquisiciones más caras de las revoluciones más tenues. Las agresiones de la globalización y los éxitos –un tanto deplorables– de su *elevación a la segunda potencia* han anulado la energía de los poderes públicos y propiciado *estados de injusticia* costosos de empeorar. El Derecho –intencionalmente traicionado o negligentemente defraudado por la tibieza y/o la holganza de sus promotores naturales– sólo tiene a mano, para luchar desventajosamente contra esos modos de vivir injustos, las actuaciones individualizadas que, *contrayendo un compromiso de equidad retador y heroico*, procuren la dosis de efectividad moral que, por doquier, se echa de menos cada día.

El renacimiento de la *pasión equitativa* se debe a que *el constituyente ha recreado un ordenamiento jurídico cuyas normas no sólo han de ser formalmente válidas, *sino también materialmente justas*. El art. 3.2 C.c. (Código Civil español de 24 de junio de 1889, reformado, en este punto por la Ley de 31 de mayo de 1974) rehusó apelar a cualquier término escolar de la nomenclatura filosófica y prefirió adherirse a la *invocación nominal de la equidad*. Las cosas han cambiado desde que la figura del *Estado compuesto de las Autonomías* sucedió al *régimen paternalista autoritario* –llamado así por los estudiosos de la Ciencia Política– que le precedió de inmediato. La concepción actual de la equidad, a la luz de los arts. 1.1 y 9.2 CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1978), ha remozado su etiqueta y comprensión minimalistas de *remedio exclusivamente destinado a limar las asperezas de la ley*. La equidad equivale, hoy por hoy, al *óptimo de justicia material* que compendia la *igualdad de condiciones y de oportunidades*, para insistir en su persecución, y la *libertad bien orientada*, para encontrar los mejores modos de explotar su generoso ofrecimiento.

La aptitud de ejercicio de las variantes de composición extrajudicial se gana por acción, por reacción o por las experiencias debidas a las expresiones –ejemplares, oportunas y didácticas– de cualquiera de ellos. Cuantos han

servido funciones jurisdiccionales durante un tiempo suficientemente pedagógico para sentar criterios válidos y sólidos, guardan buena memoria de aquellas ocasiones –*las menos*– en que pudieron usar de la equidad excepcionalmente autorizada por el legislador, y de *las más*, en que, pese a lo tentador y convincente de las soluciones equitativas atisbadas, sus ilusiones tropezaron con el deber de *someterse únicamente al imperio de la ley* que cegaba otras vías de acceso a los bienes de la justicia material. Las experiencias que así se han vivido abarcan los encuentros con la *equidad específicamente autorizada* y los desencuentros con la *interdicción de utilizarla provechosamente*.

Los modos de composición aptos para rehabilitar –severa y perdurablemente– la equidad han sido, de menor a mayor, la *conciliación*, la *mediación* y el *arbitraje*. Al cobijar sus diferencias específicas bajo el género próximo de *equivalentes jurisdiccionales* o *sustitutivos procesales*, no se cede a una predilección estética y, en cambio, se da paso a una certera precisión dogmática. Si el primero se muestra más sencillo, los demás endurecen y complican la intervención de los mediadores y los árbitros.

La conciliación presupone la evidencia y los inconvenientes de un conflicto en que –asistidas por el órgano conciliador– las partes desempeñan la labor capital de reducir las diferencias que turban sus confrontaciones e inmovilizan sus ademanes respectivos. La acción de los conciliadores tiene lo suyo de *mayéutica*, porque promueve los acercamientos latentes en los entendimientos y las voluntades –obnubilados o indecisos hasta entonces– de los interesados. La técnica de la conciliación insinúa –*sugiriendo tan sólo* y absteniéndose de dictar soluciones terminantes, exclusivas y excluyentes– los cambios de rumbo convenientes a las iniciativas o actitudes de las partes, endereza o clausura los caminos erróneamente recorridos en el curso de la conciliación y disuade de las razones descabelladas o de los extravíos aberrantes que en esos trances suelen abundar. Respetando el poder de decisión de las partes, se les brindan ayudas que influyen en sus convencimientos, les invitan a superar lo rudimentario o elemental de sus discursos y fomentan un lúcido progreso hacia los *puntos de encuentro* que intentan anuar los objetivos pacificadores.

La *mediación* se señala por una intervención singularmente activa y dinámica del órgano unipersonal o colegiado que la tiene a su cargo. La *mediación absoluta* existe cuando, conociendo el alcance y contenido de las diversidades dignas de salvarse, *el mediador adelanta el todo de la solución o dispone –gradual y cautamente– las piezas del discurso que transmite a las partes para escrutar su fuerza persuasiva y obtener su adhesión, si es del caso*. Los interesados expresan su aceptación o su disenso –íntegros o condicionados– y, en vista de las posturas adoptadas y de su potencial contradictorio, el mediador propone remodelaciones sucesivas que, seduciendo y catequizando a las partes para obtener su consentimiento, producen el efecto esperado del modo de composición elegido. Hay *mediación relativa* si –al

aportarse soluciones que, aunque conceden o transigen, no coinciden pacíficamente— el mediador aprovecha, algo así como *a cuenta*, los anticipos que cooperan al buen fin de su interposición y completa un trabajo similar al de la mediación absoluta. La mediación elástica se distingue por su *reversibilidad*, pues, en el curso de su avance, puede volverse sobre anteriores *acuerdos interlocutorios* que se sustituyen o enmiendan para adecuar los efectos equitativos del equivalente jurisdiccional a la suma de las conformidades conseguidas con la intervención del mediador.

El *arbitraje de equidad* concentra en el papel y la gestión de los árbitros las *funciones de legislar y resolver*. El ejercicio de la *cuasilegislación arbitral* —en parte análoga y en parte diferente de la figura de la *ley de caso único*— requiere que el árbitro, inmerso en el depósito del orden natural de la equidad, extraiga de su interioridad insondable, la sustancia de una *pauta irrepetible e individualizada* que modela con tacto y conciencia de las dificultades inherentes al enunciado —veraz y no sofisticado— de sus proposiciones normativas. La *cuasijurisdicción arbitral* subsume en la regla elaborada para dilucidar el caso único —aunque exigente de las visiones ópticas de los legisladores generales— un estado histórico de cosas que no siempre dispone de acomodo exacto en el espacio y en el tiempo. Además de afectar a los *hechos cosmológicos*, los arbitrajes de equidad conciernen a unas *realidades políticas, sociales, internacionales y económicas* cuya individualización y prueba son harto fatigosas para desembocar en un resultado equitativo y asegurarlo con visos de perdurabilidad y de mejor fortuna.

2. Operaciones de Derecho y emisión de pareceres extrajudiciales en circunstancias notables e interesantes del concurso

Hay vicisitudes o incidencias del concurso que —tanto a causa de su importancia técnico-jurídica como de sus connotaciones económicas— demandan los *refuerzos adicionales* de la aportación de informes, dictámenes o pareceres exteriores al procedimiento, pero, a no dudarlo, provechosos para la justa suerte de los intereses en juego. Su emisión, lejos de suponer una actividad preventiva o escuetamente teórica, se explica por la profundidad y el arrojío de los razonamientos, a que los temas debatidos obligan, y por el fervor y aun el encono de las tesis que en cada momento se defienden. El Derecho es una disciplina del espíritu que, ante las vacilaciones sometidas a su veredicto, no pone fronteras a las especulaciones —robustecedoras o alternativas— de una determinada solución inscrita en el *mundo del valor*, sino que excita a la multiplicación y divergencia de esas aventuras. He ahí su diferencia con las ciencias de la naturaleza y con el panorama del *mundo del ser*. No hay que dar por irreversiblemente buenos —convirtiéndolos en productos intangibles de la dogmática o *doctrina fijada*— los argumentos que, difundidos y aceptados como razonables, sufren el impacto de otros que les

revigorizan, con la fortaleza intelectual de sus acertadas ratificaciones, o les inutilizan y desplazan con superior poder de convicción. Carácter del que participan las hipótesis en que, para completar la asistencia jurídica interior del concurso, esas necesidades surgen y exigen atenciones. Acaso estén entre ellas las que a continuación se consideran.

El art. 3.5 LC (Ley Concursal de 9 de julio de 2007) legitima al acreedor para instar la declaración judicial del estado de concurso de varios deudores que, sin estar obligados por el mismo título jurídico, figuran como titulares formales de patrimonios cuya confusión es patente, o, tratándose de personas jurídicas, constituyen un *grupo inescindible* en virtud de la *identidad sustancial* de sus miembros y de la *unidad* con que sus determinaciones se adoptan. Esta variante del llamado *alzamiento del velo* disipa la oscuridad o la penumbra en que se sume una realidad jurídica de exhumación indispensable para probar lo artificioso de la dispersión denunciada. *La legitimación del deudor se desempolva en términos de cognoscibilidad y percepción adecuados a todas las garantías* que, según el art. 24.2 CE, forman parte del contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental a la efectiva tutela judicial. Sólo así lucen la veracidad y el encadenamiento de las circunstancias históricas que hacen del interés protegido –mediante la solicitud de declaración del concurso– *lo que es y significa*, en vez de su *contrafigura desorientadora*. Se esfuma una apariencia –generalmente fruto de *exquisitas operaciones de ingeniería financiera*– que, empeñada en cegar los caminos conducentes al fondo de las cosas, opone insalvables obstáculos a la efectividad de un derecho fundamental cuyo reconocimiento, según reza el art. 53.1 CE, goza de eficacia preceptiva directa y vincula a todos los poderes públicos.

De algún crédito goza esta estrategia que, tras cobrarse sus primeras víctimas, cosechó –por obra y gracia de la entonces arrolladora *teoría del uso alternativo del Derecho*– resonantes victorias en los pagos del Derecho Social. Para esquivar y combatir eficazmente las formas fraudulentas de fraccionamiento o disgregación engañosos de la *unidad natural del concurso*, hay que realzar el perfil de la figura que, pese a lo proteico y desorientador del disfraz confeccionado para esconder su verdadero rostro, encarna una *unidad indivisible de dirección y de riesgo*. La rotulación encabeza un capítulo notable de la *lucha por el Derecho* y conecta con una estadística fenomenológica que –ante la terquedad de los *experimentos de ocultación* y la suerte de los manejos que los apadrinan– da idea de la dificultad de alzar el velo desplegado sobre una *compacidad sepultada, desfigurada e invisible*. Para localizar estas operaciones y reprimirlas en nombre del Derecho, se cuenta con definiciones adecuadas a los casos de ocultación que representan. Son definiciones descriptivas que no siempre atajan las escapatorias caracterizadas por la sutileza y densidad del camuflaje que –modernizando las técnicas del *Liber fugitivus*– renuevan, sin cesar, sus valedores. La *unidad de dirección* significa que las expresiones del poder de decisión –relativo a la

organización interior y a las relaciones económicas externas de la persona jurídica—emanan de una voluntad común, no obstante las tretas urdidas para convencer de que, en su lugar, intervienen voluntades autónomas, divididas e independizadas. La *unidad de riesgo* implica, entre otras muestras de su naturaleza aglutinante, que los patrimonios de las personas jurídicas—acogidas a las limitaciones de las responsabilidades patrimoniales respectivas—quedan desposeídas de una garantía que ya no les es propia. Al superarse—en pro de la prevalencia y autenticidad de la justicia material—uno de los privilegios o ventajas de la personalidad jurídica de las sociedades de capitales, la integridad funcional de los elementos de los patrimonios—cuya confusión se sabe, se alega y se demuestra—se ve atrapada por las responsabilidades anejas al *ejercicio de una dirección única, desde sus orígenes, más bien que unificada*. La verificación de si el supuesto descrito por el art. 3.5 LC—revelador de una legitimación pasiva unitaria e incompatible con las apariencias de pluralidad que se desploman—ha de primar sobre la realidad superficialmente advertida, depende del tacto de las averiguaciones históricas y del tino de las apreciaciones jurídicas que afluyen a esas conclusiones. No es lo mismo la *confusión de patrimonios*—permeabilidad de personas sociales cuya responsabilidad deja de constreñirse—que las modalidades de *tangencia, intercomunicación episódica o coasistencia patrimonial* que, al margen de una supuesta confusión, reflejan *relaciones de porosidad* menos intensa, surgidas también de las vigiliadas de los virtuosos de la ingeniería financiera. La prueba de que se forma *parte del mismo grupo* obliga a un análisis inicial de la estructura que confirma lo veraz e inalterable de ese dato o, al contrario, acusa disfunciones y/o fisuras que impiden calificar de *grupo* a formas—más tenues o descomprometidas—de *cooperación o asunción de objetivos comunes* que hay que recalificar caso por caso. Una cosa es la *identidad sustancial*—cuyo adjetivo de omnicomprensión se acepta precipitadamente, pues el concepto no se opone lógicamente al de una cuestionable *identidad accidental*—que, como título de conglomeración, se predica de los componentes del grupo. Otra, la inmersión de sus miembros en las variantes de afinidad o acercamiento que les relacionan. La *unidad de la adopción de decisiones* ha de ser permanente—*rectius*, duradera—y monolítica, excluyéndose las casualidades que, aparentando indisolubilidad o coherencia, se reducen a pactos itinerantes o convenios de vida muy corta. Los conceptos jurídicos indeterminados a que estas consideraciones se refieren no se delimitan sin *preconstituir escrupulosamente* las razones determinantes de la existencia y juridicidad de los aspectos que individualizan la especie de legitimación analizada. El velo, que ha de levantarse, no suele ser de ligereza tal que haga cómoda su remoción, y sí de una *espesura inteligente* que entorpece muy mucho la operación de su retiro.

El contenido incompleto de estos juicios o las insuficiencias—de hecho y de derecho—que presenta la legitimación pasiva de los deudores del concurso—superpuestos a la *unidad de dirección y de riesgo*—revela un defecto

exigente de que, como reza el art. 13.2 LC, se recabe del solicitante de la declaración de aquél una *justificación motivada y plausible* o una ampliación de los extremos que desembrollan el artificio advertido por el art. 3.5 LC. Aspecto de entidad bastante para explicar la utilidad de pareceres jurídicos externos que iluminen el planteamiento y la salida o salidas de tan embarazoso problema. Demostrar, en un plazo harto breve, la identidad del deudor encubierto, conduce a dos alternativas. Cuando el peticionario está en condiciones de cumplir, sin mayores esfuerzos, esa carga antes de formularse la solicitud, ha de arrostrar las consecuencias de haber omitido la diligencia que, a la sazón, pudo y debió prestar para desvanecer las ocultaciones o las situaciones equívocas. Otra conclusión se seguiría si, a la luz del art. 24.1 CE, la instrumentación de un razonamiento suplementario solvente no quedaba al alcance de la diligencia que, cuando se instó la declaración de concurso, tenía que desplegar el acreedor según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El solicitante permanece indefenso –con merma del *principio procesal de contradicción o audiencia bilateral*– si no goza de un plazo atemperado al *cuanto de información y raciocinio* que requiere el cabal cumplimiento de la carga exigida.

El art. 28.3 LC cita uno de los filtros que –para depurar la objetividad de los miembros de la administración concursal– reclaman operaciones de precisión suplementaria. La noción de *persona especialmente relacionada con el concursado* –a la que se veda formar parte de esa administración– confiere al adverbio de modo utilizado una *ductilidad conceptual* que rebasa la ejemplificación del art. 93 LC. Exige discurrir acerca del *alfa* y el *omega* que, cuantitativa y cualitativamente, son el principio y el fin de las variantes de una *especialidad de la relación* que lo mismo puede ofrecer fisonomías de signo impredecible, que causar la impresión de concurrir en situaciones cuyo análisis termina demostrando –contra lo presumido– que nada tienen de especiales el vínculo o la comunicación que se objetan. ¿Acaso, por proponer un ejemplo atípico, no hay una *relación especial* –preexistente y oculta– entre el concursado y un tercero que, conociendo actividades inconfesables del primero, le somete a una coacción tácita, indemostrable y permanente?

El art. 32.1 LC se ocupa de la autorización judicial del nombramiento de auxiliares delegados de la administración concursal y de su designación consiguiente, *si así lo exige la complejidad del concurso*. Dos nociones de contenido variable confluyen en la labor de esclarecer las dificultades que salen al paso. Una es la de *complejidad* o dimensión del interés que la norma protege en cantidad y/o calidad. Otra, la de la *exigencia* que atañe a lo perentorio de la protección. El *rostro visible* del concurso puede reflejar un cúmulo o densidad de interrogantes que, aun confiriéndole una naturaleza acorde con alguna de ambas condiciones, no adquieren la complejidad de que se hace mención. Según el más plausible de los entendimientos que procuran los elementos interpretativos conjugados por el art. 3.1 C.c., *complejidad es tanto como diversidad evidente de problemas* –que, aunque arduos de por sí,

no tienen por qué ser numerosos ni excesivos— *e imposibilidad o dificultad extraordinaria de acudir a las visiones más elementales o utilizar las herramientas más accesibles y frecuentes para seleccionarlos, ordenarlos sistemáticamente, reflexionar sobre su magnitud y resolverlos*. Si la administración concursal logra aclarar, con los recursos propios y sin demasiados obstáculos, cuestiones que —prematuramente tildadas de complejas— afectan a una parte o al todo del concurso, no media el supuesto indicado y hay sólo una situación artificiosa que se aparta del *concepto técnico-jurídico de complejidad*. Tras esta consideración, cabe multiplicar las conjeturas sobre el significado del término y los riesgos de la propensión a suscitar *falsos problemas*, asociando la complejidad a cuestiones secundarias o peripecias del concurso que ni de lejos se confunden con ella. Guardadas las distancias, lo mismo se predica del giro... *así lo exija...*, pues, aun supuesta la complejidad del concurso, la competencia técnica de los gestores de la administración concursal basta, en ocasiones, para salvar muchos inconvenientes de monta, excluyendo, como casos de complejidad, los que son sólo temas de utilidad o conveniencia. Estos últimos descartan la exigencia —peculiar de un estado de cosas ineludible e insoluble sin el auxilio interesado— o la necesidad de solicitar la autorización judicial para desconcentrar, mediante la intervención de los auxiliares delegados, ciertos cometidos de la administración concursal. He aquí una de las regulaciones que, afinando sus conceptos jurídicos indeterminados, acomoda las cargas del concurso a su grado de accesibilidad o a los reparos de una complejidad que, lejos de prejuzgarse voluntaristamente, debe intelectualizarse con esmero y a la vista de las circunstancias que la determinan. La notabilidad del problema aconseja el auxilio suplementario de pareceres o estudios externos para aligerar esas dificultades.

Según el art. 36.1 LC, la singularidad del *cuidado y atención* que han de animar —como elemento espiritual o intelectual— la ejecución —como elemento material— de las funciones de los administradores concursales y de los auxiliares delegados, consiste en observar la *diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal*. Trátase de un aspecto conexo con la exigencia de responsabilidad que el art. 36.1 LC asocia a la *omisión de la diligencia debida o exigible*. Para atender a ello, hace falta canonizar los criterios decisivos que permiten individualizar la diligencia requerida y sancionar sus omisiones. La *concepción normativa de la culpabilidad* —orillada por el Derecho Privado— proclamó la necesidad de comparar las acciones o abstenciones, objeto de censura, con una *regla de conducta construida en abstracto o en concreto*. Se pregunta si la dicción legal comulga con semejante orientación o si debe primar el aforismo —pedestre y superado— de que no cabe distinguir allí donde la norma jurídica tampoco tiene a bien entablar distinción. Esta simplicidad pierde peso si se nota que, a la luz del art. 3.1 C.c., la regla del art. 35.1 LC se adueña del *espíritu y finalidad* —a los que *fundamentalmente ha de atenderse*— de *garantizar una gestión aseada de los intereses del concurso* y superar cuantos óbices nacen de sus complicaciones

técnico-jurídicas o de sus eventos patológicos. En vista de este postulado y acaso de otros no menos relevantes, *lo razonable y cuerdo es distinguir*. La tesis más condescendiente prefiere apelar a la inducción y, para diseñar el *modelo general de administrador*, parte de una verificación estadística que –ponderando equitativamente y extrayendo los elementos comunes de la actuación profesional de los servidores de ese oficio– los integra en la *regla de conducta* merecedora de observarse. *Norma resultante de las operaciones de abstracción relativa efectuadas sobre una pluralidad homogénea de comportamientos a los que se aplica el método inductivo*. Obediente a una técnica que impera en las relaciones de Derecho Privado y que data de la ya citada *concepción normativa de la culpabilidad*, adoptada y difundida por los especialistas del Derecho Penal. Ello no excluye que la traza de los intereses del concurso reclame una apreciación más pulcra, pormenorizada y exigente de los deberes de los administradores concursales. Si sus usuales hábitos de atención y cuidado superan a los resultantes de aplicar la norma generada en abstracto, la lealtad, la corrección y la buena fe –de que los arts. 7.1 C.c. y 35.1 LC se ocupan en términos afines– requieren mantener unos niveles –más estrictos– de celo y vigilancia que prohíben volver contra lo continuo y evidente de los propios actos. La *norma de comportamiento endurecida* se confecciona comparando la actuación presente de los administradores concursales o de los auxiliares delegados con su modo anterior de proceder en situaciones afines y se aplica en la medida que afronta, más enérgicamente, la necesidad de proteger los intereses del concurso. La teoría de la concepción normativa de la culpabilidad dota de un ingrediente de seguridad que, como la regla de comportamiento configurada en su virtud, fulmina los criterios –casuísticos, incoherentes o erráticos– que suelen emplearse para graduar el uso de la debida diligencia. Los rasgos particulares del problema le convierten en *oscuro objeto del deseo* de informes de adición que suavicen sus perfiles más ásperos, sin limitarse, como frecuentemente ocurre, a reducciones o prejuicios que –atentando contra la dignidad lógica del razonamiento– empobrecen de todo punto su discurso.

El art. 35.2 II LC permite atribuir *competencias específicas* a uno o varios de los miembros de la administración del concurso. Aun cuando no se exige *petición justificada* y, en el más llano de los casos, parece aludirse a episodios de distribución o reparto de trabajo, es dable la hipótesis –consecuente, como manda el art. 3.1 C.c., con el elemento interpretativo contextual– de que, ante la naturaleza de esas competencias, la propuesta cursada y la decisión judicial recaída dependan de verificaciones fácticas y de razonamientos jurídicos que condicionan el sentido de las contestaciones procedentes. Habrá que detallar las circunstancias en que se funda la solicitud –adornada de un raciocinio convincente– y señalar si, amén de las novedades históricas invocadas, median razones de Derecho que justifican la importancia de aquella atribución. El desglose propuesto no ha de menoscabar los mínimos definidores del deber de diligencia. No sólo son competencias específi-

cas las que se siguen de la redistribución indicada, sino también las que –atendiendo a pormenores de la fisonomía del concurso– se innovan justificadamente. Al *discurso creador de las competencias específicas* incumbe reseñar sus particularidades de ejercicio, prevenir sus actuaciones extralimitadas o abusivas y proveer a las alternativas de su contenido variable. La operación difiere de la –más sencilla– que, según el art. 32.1 LC, consiste en asignar atribuciones a los auxiliares delegados. Una hipótesis en que el soporte de pareceres jurídicos externos no es superabundante, sino recomendable y enriquecedor.

La figura de la *justa causa* es, por excelencia y tradición, un *concepto de dimensiones elásticas* acuñado de antiguo para fomentar las operaciones de equidad que –a fin de prevenir los desatinos o peligros de ciertas concreciones– el legislador traslada a una *norma jurídica en blanco* que colman sus aplicadores o intérpretes. Ha imperado la idea de que, si el último fin último del Derecho reside en *consolidar la paz jurídica*, la invocación y la aceptación de la *justicia de la causa* –inspiradoras de actitudes social y moralmente decorosas– valen lo mismo o más que las de muchas normas positivas de altos vuelos. El art. 37 LC prefiere eludir los inconvenientes de las enumeraciones taxativas u otros entorpecimientos que, al frenar los impulsos de la recta razón y el buen sentido, impiden decidir si una determinada situación –individualizada y éticamente censurable– da lugar a la separación del cargo de los administradores concursales o a la revocación del nombramiento de los auxiliares delegados. Una cosa es que la jurisdicción goce de facultades discrecionales para acordar tales medidas y otra –completamente inadmisibile– que se le niegue el poder de revisar, con base en argumentos de equidad, los hechos que se dicen constitutivos de la justa causa innominada, amén de las legalmente previstas y cuya bondad no está en tela de juicio.

El juicio de equidad sobre la mediación de justa causa dota de oportunidades para la emisión tempestiva –ayuna de precipitaciones y/o peticiones de principio– de opiniones extrajudiciales o preparatorias. Requiere explotar los yacimientos accesibles y ahondar en los mensajes de un concepto jurídico indeterminado que, pletórico de flexibilidad y oportunidades comprensivas, condena los vicios de la laxitud o el *pensamiento débil*. Compromete un tanto de razonamiento que, tras la disección de cada caso, *concluye si la especie contemplada pertenece o escapa al género ideal de justa causa*. El juicio de equidad reta imperiosamente a los juristas que, para su emisión satisfactoria, tienen que conjugar una *línea doctrinal de continuidad* –intuitiva de si la justa causa existe o brilla por su ausencia– y un *principio histórico de progreso*, que invade los ambientes en que el Derecho luce y aspira a realizarse. La equidad auspiciada es la *justicia sustancial* refrendada por la *delimitación transparente del ordenamiento jurídico*, que ofrece el art. 1.1. CE, y por la *cláusula transformadora y social* que recoge el art. 9.2 CE. La ventaja asistencial de los pareceres externos se justifica porque el discurso jurídico se expone a inevitables desviaciones cuando –previendo algunos efectos nega-

tivos de su *talante generalizador*— el legislador atribuye potestades de arbitrio equitativo a los particulares, si aplican extrajudicialmente la norma jurídica, y a la jurisdicción revisora del uso —adecuado o excesivo— que cabe hacer de esa delegación.

El art. 42.1 LC grava al deudor con los *deberes de cooperación* que le exigen colaborar en todo lo *necesario o conveniente para el interés del concurso* y procurar la información precisa a tales fines. Parece más atinado aludir, desde una perspectiva conceptual, a los *intereses de las personas físicas o jurídicas afectadas por las vicisitudes del concurso*. Del deudor —requerido al efecto— se esperan las actuaciones consistentes en dar, hacer y abstenerse, sobre los puntos de la contribución reclamada, y en emitir manifestaciones —más frecuentemente de voluntad que de conocimiento— presumiblemente veraces. La cooperación y la información dependen del respeto que, dado el carácter de esas intimaciones, recaba el contenido esencial o núcleo invulnerable de los derechos fundamentales y las libertades públicas a que los arts. 53.1 CE y 7.1 y 2 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985) cuidan de aludir. También se ha de evitar que las expresiones del derecho a la efectiva tutela judicial —movilizado en pro de los intereses del concurso— erosionen el núcleo intangible de otros derechos concurrentes. La acumulación de las *nociones de necesidad o conveniencia* suscita, en fin, un problema de exégesis. Ya que la invocación —más laxa— de la *conveniencia* embebe, de menor a mayor, la de la *necesidad* que agrava la primera, la doble mención huelga, de no entenderse que el precepto tolera una *lectura críptica* que, a la luz de su *lectura lógica*, no es fácilmente imaginable, al menos de momento.

Supuesto que los impropriamente llamados *intereses del concurso* se defienden con la efectividad de las variantes de convenio y, en su defecto, con los resultados económicos de la liquidación, el art. 43.1 LC prevé la posibilidad de que el órgano de administración solicite de la jurisdicción el *auxilio que estime necesario* para conservar la integridad patrimonial de la masa activa del concurso. Concepto —el de *auxilio necesario*— que, sin perjuicio del objetivo a que sus actividades se enderezan, va más allá de las acciones físicas de conservación y se emparenta con otras categorías jurídicamente importantes. Los actos dispositivos o de enajenación modifican cuantitativa o cualitativamente la composición del patrimonio. Los actos de conservación impiden el flujo de los bienes y derechos que, dejando de pertenecer al patrimonio, empobrecen a su titular. Los actos de administración o de gestión —comprimidos por ambas delimitaciones— vienen a ser, por exclusión, los que no traen consigo disposición ni simple conservación de bienes y derechos. Muchas y divergentes opiniones pueden darse para definir tales variantes y graduar sus repercusiones en la protección de un interés primordial del concurso —a saber, la *garantía de la integridad patrimonial de la masa activa*— que se beneficia del esmero conveniente a su naturaleza y a la evitación de cualesquiera deterioros que la menoscaben. El repertorio de

los *auxilios necesarios* comprende valoraciones económicas y jurídicas que, aquilatando los intereses del concurso, fijan los máximos y mínimos de la urgencia invocada a la sazón. Conviene sumar a estos análisis, una lista –más o menos amplia– de *recomendaciones suplementarias* que coordinen la satisfacción de las indigencias advertidas. Precisar las que se estiman *circunstancias de necesidad o de carencia* y enumerar los *auxilios pertinentes* forma parte de la trabajosa fabricación de las conclusiones relativas a esos contenidos variables.

El art. 83.1 LC ha dispuesto que, si así lo pide la administración concursal, el juez designe *expertos independientes* cuyo dictamen verse sobre la *viabilidad de las acciones* que, a juicio de aquel órgano, pueden ejercitarse para restituir a la masa activa del concurso los bienes y derechos que respaldan su integridad patrimonial. La prudencia legislativa ha entendido que estos *actos de conservación* requieren el apoyo de un *consistente informe* sobre el fundamento de las reclamaciones dirigidas a obtener la declaración judicial de su impecabilidad y procedencia. Sorprende que, debiendo primar el vigor de la iniciativa de la administración concursal que postula el asesoramiento independiente, gane firmeza, sin que se dé recurso alguno contra ella, la decisión judicial disuasoria del acceso a una asistencia técnico-jurídica que, de entrada, parece indispensable. Su sugerencia entraña un juicio sintético apriorístico, adaptado al núcleo intangible del derecho fundamental a un *proceso con todas las garantías* que ha introducido el art. 24.1 CE, pues autoriza a optar, previo asesoramiento, por deducir la pretensión de reintegro o abstenerse de hacerlo. La jurisdicción debe analizar la *independencia de los expertos* o señalar las cualidades necesarias para asignarles esa condición, proponiendo incluso otros remedios extrajudiciales que el art. 82.4 LC ha silenciado. El parecer emitido se incorpora a la relación aneja al inventario de los bienes y derechos que forman la masa activa del concurso. La injerencia de los expertos independientes conviene, una vez más, a los ejemplos de *ilustración suplementaria* que se van apuntando.

La regla del art. 99.1 LC incentiva la emisión de pareceres jurídicos previos que –incidiendo en las alternativas de la propuesta de convenio– aporten reflexiones de signo equitativo sobre la *dosis de justicia material* que, como mínimo, conviene al análisis de la situación. De su sagacidad y tino dependerá la suerte asignada por la persuasión intelectual del discurso a las respectivas elecciones –obra de los autores de la propuesta de convenio– o la medida en que se estime razonable ampliarlas, reducir las o modificarlas. La desconcentración o subdivisión de las alternativas es fecunda si excita a reflexiones –de especial aprecio– que otorgan un predominio indiscutible a la más equitativa de las opciones presentadas. También puede ocurrir que, ante la fisonomía o las particularidades del concurso, un exceso de alternativas concurrentes obnuble la serenidad lógica de cuantos –alienados en una defensa numantina de las opciones propias– disminuyen o ciegan las oportunidades del *razonamiento integrador* de la equidad.

3. Supuestos aconsejables de intervención equitativa que pueden darse en momentos notables del proceso concursal

Estos análisis técnico-jurídicos recomiendan la *intervención equitativa de un tercero* que media entre los autores y los destinatarios de las alternativas de la propuesta de convenio. Si se ofrecen contenidos de sana compatibilidad, la mediación capitalizará sus ventajas e inventará –en su acepción etimológica de *descubrimiento* o *hallazgo*, no de frívolo arbitrio para salir del paso– razones que, sumadas a las causantes de la coincidencia, justifican el precio a pagar por apartarse de actitudes secundarias o menores, cuyo sacrificio se compensa con el *valor de la adhesión común a lo que unánimemente quiere conservarse*. Si las alternativas son irreconciliables, el mediador –cuya imaginación tiene que conjugar la *conciencia inerrante* de la realidad con la intuición de soluciones coaceptables– formulará una *propuesta de refundición* y la someterá al parecer de cada uno de los grupos portadores de sendas propuestas autónomas y diferenciadas. El mediador ha de agotar, hasta la extenuación, la diligencia necesaria para lograr la síntesis de una *propuesta unificada* y útil o, al menos, ofrecer un *compendio simplificado* de propuestas convincentemente compatibles.

El art. 64 LC instituye competencias judiciales de excepción para que, luego de presentada la solicitud de declaración del concurso, se arbitren las prevenciones llevaderas a tutelar la *viabilidad futura* de la empresa y conservar una *dosis de empleo* consecuente con el estado de cosas objeto de análisis. Las medidas judiciales –que se interesan y decretan– son parte del *aparato de gestión de la crisis* que, en virtud de lo pedido, sufren las relaciones colectivas de trabajo y los contratos individuales dependientes de sus vicisitudes. Hay que adoptar, según los casos, *medidas máximamente reductoras* –consistentes en declarar la extinción colectiva de todos o parte de los contratos de trabajo– y *medidas de proporciones medias*, que abarcan las *definitivas* de modificación sustancial de esos contratos –cuyas obligaciones se novan en los términos del art. 41.1 I ET (Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980)– y las *provisionales* de suspensión que, andando el tiempo, revierten o abocan a soluciones extintivas. El *período de consultas* –que el art. 64.5 LC considera abierto tras recibirse la solicitud formulada– concierne, en general, a la pertinencia de aquellas medidas y, en particular, a su repercusión en el empleo y en el porvenir viable de la empresa. No es de sencillo cumplimiento el deber de *negociar de buena fe* para convenir con arreglo al depósito del orden natural de la equidad y sanear la crudeza de las contiendas sindicales. Los escollos –jurídicos y económicos– de esta peripecia concursal requieren *echar mano de la contribución mediadora* que promueva y consiga un acuerdo sobre los extremos polémicos, con las limitaciones de orden público que los arts. 64.9 y 66 LC han dispuesto para los casos de modificación sustancial de las relaciones de trabajo o de las cláusulas de los convenios colectivos vigentes. La acertada *judicialización del pro-*

cedimiento –afín al administrativo de regulación de empleo que establecen los arts. 47 y 51 ET– se inspira en criterios de conexión, celeridad y unidad de las verdades procesales. Son actividades mediadoras las que –a la par de las que operan en las negociaciones sindicales– tienden a asegurar los justos resultados del período de consultas y a eliminar los riesgos de fraude, coacción, dolo o abuso del derecho que, según el art. 64.7 LC, impiden aprobar el acuerdo afectado por algún vicio de la voluntad o por las conductas extralimitadas que reprueba el art. 7.2 C.c.

Además de aportar, con la diligencia exigible, sus dotes de intervención correctora o constructiva, los mediadores han de estar a las *reglas de oro o pautas de metodología* que gobiernan sus operaciones. He aquí algunas de ellas. El acceso a la negociación sindical, en que intervienen, requiere asumir actitudes subjetiva y objetivamente favorables a las soluciones de concesión y compromiso. Las concesiones tolerables dependen de las aptitudes de los negociadores, que el mediador debe conocer para obrar en consecuencia, de la relación de fuerzas que entre ellos existe y condiciona el posibilismo de sus iniciativas, de su capacidad o voluntad de administrar ese estado de cosas y de las variables –más o menos sensibles– ínsitas en lo accidentado de la coyuntura económica. El empleo –patente o soterrado– de procedimientos o actitudes desleales engendra una tirantez de relaciones que lamina la confianza indispensable para el progreso de la negociación. La negociación se estanca o se disuelve si, desde un principio, las partes no renuncian a observar comportamientos desleales y demuestran el sincero propósito de actuar, sin paliativos, en clave de flexibilidad y buen entendimiento. Aspecto álgido de la negociación es el de plantear una formulación inicial e intransigente de *reivindicaciones extremas*, con pocas probabilidades de aceptarse, o presentar *peticiones templadas* y, a la larga, susceptibles de consolidarse y de prevalecer sustancialmente. Los acuerdos relativos a cuestiones interlocutorias adquieren una eficacia provisional y dependiente de las revocaciones o cambios de criterio que acontecen hasta el término de la negociación.

Las actitudes de los representantes de los trabajadores y las especialidades de la mediación que las completa, coinciden con las seguidamente expuestas –sobre el tratamiento supletorio del plan de liquidación del concurso– y se extienden a cuantas situaciones análogas exijan esa audiencia y aconsejen modos afines de composición. (V)

El art. 148.3 LC ha dispuesto que –además de las alegaciones necesarias para preservar el derecho a la defensa y el denominado *interés del concurso*– el plan de liquidación se someta a *informe de los representantes de los trabajadores*, cuyo interés colectivo se supedita al buen fin de las operaciones pendientes. Operaciones que –como vía natural de proteger el interés común de los titulares de los créditos– se agotan con la realización forzosa de los bienes y derechos englobados en la masa activa del procedimiento. Al preferirse la *enajenación unitaria* del conjunto de los establecimientos,

explotaciones y demás unidades productivas de bienes y servicios del concursado, se erige una *universalidad de bienes* o grupo de emergencia que mantiene la indivisibilidad del objeto e impide fraccionar o dispersar los elementos de un patrimonio que así subsiste sin disminución de su valor. Para evitar la desigualación que proscribe el art. 9.2 CE, se regula un *trámite de audiencia* en que el dictamen de los representantes sindicales incluye observaciones o propone modificar los términos en que el plan de liquidación se ha trazado.

Estos dictámenes pueden contener sugerencias extensivas a otros casos en los que procede una intervención semejante de los representantes sindicales.

Cabe, en primer lugar, que la representación de los trabajadores rechace, frontalmente y sin más argumentos, el plan de liquidación del concurso. Esta actitud no se condice con la observancia de las cargas de colaboración –que los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ imponen a cuantos asumen posiciones conexas con el objeto del proceso– y con la obligación central –recabada del sindicato clásico y de los representantes unitarios por el art. 7 CE– de contribuir a la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. La disconformidad ayuna de fundamento explícito –que se reduce a un *no rotundo y categórico*– sólo tiene sentido y debe interpretarse como *silencio elocuente* si, fuera de toda duda, constituye una *manifestación de voluntad* demolidoramente expresiva del mensaje que se quiere cursar. A saber, que el contexto del plan o algunos de sus ingredientes son *notoriamente salvajes* en vista de la convicción compartida por cuantos, verazmente informados sobre el particular, reaccionan conforme al dictamen de la recta razón que los juzga lesivos para los intereses de los trabajadores e irreconciliables con el contenido esencial o núcleo invulnerable de los derechos sociales amparados en los arts. 35.1 y 41 CE. No existe entonces una negativa injustificada o acromática, sino una *declaración de voluntad tácita* cuya vehemencia inconfundible suple a una argumentación sensata, coherente con las demandas sociales y presta a denunciar el desencanto causado por la planificación que se rehúsa.

Otra especie de reacción sindical, menos emocional y más cauta, disiente de la propuesta del plan de liquidación con un *informe razonado*, cuyo discurso –persuasivo y difícil de contravenir– denuncia la antijuricidad o la antisocialidad de sus cláusulas. Haciéndolo en términos –transparentes, inteligibles y rotundos– que revelan lo alarmante de la situación y el serio fundamento de la negativa a compartir dicho plan. Cualquier lector sensato comulga, sin esfuerzo, con las razones del rechazo y, restando a la propuesta todo su valor, la destituye de solvencia moral y jurídica. Sucede así porque su elaboración no asiente a las conclusiones mínimamente aceptables que, para suscribirla, le hagan decir algo distinto de la inutilidad que el dictamen sindical le reprocha, sin margen para relevarla ni ayudar a rehacer un texto planificador que ocupe su lugar.

Cabe que, prefiriendo una actitud condicional, el parecer de los representantes sindicales subordine la acogida del plan de liquidación del concurso –cuyas líneas de fuerza sobreviven indemnes– a la adición de pormenores que, sin modificarlo esencialmente, contienen complementos aptos para consolidar la *presuposición o base del negocio* que funda los criterios de esa representación. Se apuntan precisiones, matices o aderezos que, respetando las orientaciones capitales del plan de liquidación, le enriquecen, aceleran su efectividad y garantizan lo *ventajoso y útil del todo razonable* en que se puede convertir. La básica bondad de la propuesta recibe componentes accidentales –relevantes para el interés colectivo de los trabajadores y, desde luego, irrenunciables– que, lejos de entorpecerla, se armonizan con sus aspiraciones y cooperan a perfeccionarla.

Cabe que el informe sindical –hostil a la aceptación condicional de la propuesta– la rechace alegando que las omisiones, excesos o defectos del plan de liquidación vulneran tan visiblemente el interés colectivo de los trabajadores, que sólo puede compartirse si se da entrada a la *contrapropuesta* consistente en ciertas modificaciones sustanciales. No se trata, como en el caso anterior, de añadir ingredientes accidentales a la sustancia inmovible de la planificación sugerida, sino de alterarla y mudar su fisonomía con las novedades de un *plan variario* del que es objeto de consulta.

La intransigencia o el tono radical de la postura de los representantes sindicales, en defensa del interés colectivo, se atempera equitativamente si –antes de expedirse el informe– la destreza de los oficios mediadores logra conformidades o consensos que acortan las distancias y suavizan las asperezas opuestas por esa representación. Se produce un *parecer formalmente unilateral y anticipadamente convenido* para que, al expirar el plazo de emisión, la administración concursal haya dado por buenas y hecho suyas las variaciones que –tras prosperar los buenos oficios de la mediación– van a integrarse en el informe pendiente de elaboración y recibo.

Puesto que las conductas sindicales se alimentan de respuestas emocionales, actitudes empíricas, improvisaciones y posiciones lógicas entremezcladas, de costosa sistematización y deslinde, son imaginables otras variantes de las posiciones que admite el informe prescrito en el art. 148.3 LC.

No es fácil evacuar, sin los auxilios adecuados, una respuesta solvente. El *agotamiento equitativo* del trámite del art. 148.3 LC reclama la mediación –modo de composición equidistante de la conciliación y el arbitraje– de *expertos exteriores* que se inmiscuyen en el seno de la representación sindical, donde las actitudes radicales no se cohonestan con las posturas moderadas de sus componentes, y viceversa, si no es gracias a lo eficiente de la interposición –tenaz y escrupulosa– de los agentes mediadores. Hay que proceder, dada la trascendencia del momento, a la pacificación interna del órgano y *garantizar su propósito de emitir una respuesta satisfactoriamente constructiva* para que, sin anticipar su significado y alcance de fondo, se eviten las disidencias insalvables y resurja –revitalizándole– el indispensable

espíritu de cooperación. He ahí el debate democrático y cuerdo que se precisa para materializar conclusiones –coincidentes y sólidas– que paralicen las contrapropuestas suicidas o inviables. Esta *mediación de acondicionamiento inicial* caracteriza al estilo didáctico de los mediadores que, induciendo a la toma de *decisiones racionalizadas*, desbaratan cuantos prejuicios –gratuitos o inmovilistas– atentan, a veces, el ejercicio de las funciones sindicales.

En la primera de las variantes de respuesta indicadas, huelga la mediación en cuanto al fondo si –según las instrucciones del propio mediador– lo ruidoso y enérgico de la negativa, aunque ayuna de motivación, bastan para señalar los orígenes y aclarar inequívocamente el *alcance del silencio* con el que se responde.

Si la negativa absoluta se funda en la antijuricidad o la antisocialidad de un plan de liquidación cuyo análisis no demuestra, sin más, uno u otro de tales defectos, entra en juego la labor de mediación o *adoctrinamiento influyente* que actúa sobre el órgano de representación sindical. El mediador ha de inculcar a los representantes de los trabajadores –que emocionalmente *han dicho no* a la planificación argüida– la verdad y la necesidad de todas y cada una de las objeciones que debe contener el informe para contrarrestarla. Hay que encontrarse en posesión de una notable aptitud persuasiva, porque no se trata de eliminar o reducir las contradicciones entre opuestos, sino de convertirlas –si existen– en afinidades y vigorizar la declaración de la voluntad colectiva cursada, sin fisuras y unitariamente, a la jurisdicción receptora de ese parecer. Ello exige, en razón de la calidad profesional del mediador como jurista, conciliar los datos extrajurídicos de su tesis –que componen el supuesto de hecho– con unos razonamientos de Derecho cuya solidez condiciona, además de la asimilación del informe, su impacto en la resolución judicial y en la suerte del recurso devolutivo que el art. 148.2 LC concede contra ella.

Lo expuesto se predica, guardadas las distancias, de situaciones semejantes. A saber, la producción de un informe que, para asentir a la propuesta de liquidación, se supedita al añadido de referencias o cláusulas accidentales, la sustitución de la propuesta por otra incompatible que se emite para desalojarla, la modificación renovadora de una toma de posición contradictoria y la mediación interlocutoria que adelanta transacciones o acuerdos incorporados luego al texto definitivo del informe.

4. Otros casos de mediación cualificada en las operaciones del concurso

El art. 100.2 II LC admite que la propuesta de convenio del concurso incluya propuestas de enajenación del *conjunto de los bienes y derechos del concursado*, afectos a su actividad empresarial o profesional, o de las *unidades productivas concretas* cuyo titular es una persona natural o jurídica. La

audiencia de los representantes de los trabajadores –a la que convienen las consideraciones hechas antes sobre los arts. 148.3 y 149.1 regla 1.ª II LC– sirve para *calibrar el ofrecimiento* –que presupone la prosecución por el adquirente de la actividad específica de las unidades productivas a que se refiere– y *valorar el plan de viabilidad* que reseña los recursos hábiles, los medios y condiciones de obtenerlos y los compromisos de su prestación a cargo de terceros. Esta audiencia suscita los mismos problemas y provoca precisiones análogas a las que ya se han indicado.

Otro tanto cabe decir de la regulación que –para salvar las lagunas o la falta del plan de liquidación del concurso– dicta el art. 149.1 regla 1.ª II LC, si –decidiéndose la enajenación directa del todo de la empresa– queda desierta la subasta pública convocada al efecto o la jurisdicción resuelve enajenar todos o alguno de sus elementos componentes. La elección de los adquirentes –entre cuantos presentan las ofertas respectivas de compra– recaerá en los que más responsable y convincentemente garanticen la continuidad de la producción, la conservación de los puestos de trabajo y la satisfacción de los intereses de los acreedores. Al ejercicio de estas preferencias deben preceder las operaciones de tanteo, calificación y diagnóstico del mercado, la comprobación de la solvencia de las ofertas proferidas, el conocimiento de las oportunidades de su presentación, la determinación equitativa de los precios de la enajenación –para evitar la ruptura de la comutatividad contractual– y cuantas más acrediten la excelencia de una mediación significada por la ilustración, la imaginación y el éxito de sus actuaciones. Mediación que, para aunar criterios y alejar perturbadoras discrepancias, registra dos fases. Interviene primero en el *seno del órgano de representación sindical*, aminorando diferencias, practicando operaciones de coordinación y cooperando a la adopción de criterios unitarios de base. Participa después, con sensibilidad y detención, en las *conversaciones previas* a la conclusión del negocio jurídico de enajenación, combinando los criterios legales de adjudicación preferente con las iniciativas complementarias que aconsejan las particularidades del caso.

5. Utilidad de las formas de mediación equitativa en los casos de ‘enajenación forzosa del todo empresarial’ o de unidades productivas autónomas

La empresa es un acervo de bienes y derechos –de muy variada condición– que pueden ser, en su conjunto, objeto de tráfico jurídico. El art. 149.2 LC dispone que, a efectos del régimen de las relaciones de trabajo, hay *sucesión de empresa* cuando –al enajenarse, como un todo o *unidad fisonómicamente indisoluble*, los bienes y derechos del concursado– perduran la entidad económica de esa aglutinación y la capacidad de proseguir la actividad –esencial o accesoria– que, desde sus orígenes, aplica los medios disponibles

–personales y reales– al cumplimiento de los fines previstos. El fenómeno de la *sucesión en la empresa*, lejos de rehacerla artificiosamente, ofrece las ventajas de integrar los factores representados por el *capital* y demás recursos de inversión, la *fuerza de trabajo dependiente* o adscripción de los trabajadores por cuenta ajena, y la *organización* a cargo de un *círculo rector* que, con elasticidad variable, adopta decisiones coherentes y unitarias. Encaminadas, todas ellas, a acrecentar los beneficios económicos, mitigar la pulverización del empleo y proveer, de una parte, a las demandas del consumo privado y, de otra, al normal funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad. Gracias a una medida de apoyo y *resonancia de la voluntad transformadora* del art. 9.2 CE, el adquirente de esa universalidad se aprovecha de la reducción de las deudas asumidas por los organismos oficiales que alivian las cargas económicas de la empresa transmitida e invitan a esforzarse en pro de su continuidad.

Para facilitar esta última y defender el empleo, *el cesionario, adquirente de la empresa, y los representantes de los trabajadores pueden suscribir acuerdos modificativos de las condiciones colectivas de trabajo*. El art. 149.2 LC desliza un *tratamiento excepcional* de las relaciones grupales de trabajo afectadas por la enajenación concursal y –como ámbito funcional adecuado a la morfología espontánea de las unidades sindicales de contratación– designa el de la empresa subsistente. Sorteados los escollos de la liquidación realizadora, la empresa sigue –*proa adelante* y en virtud de su presumible viabilidad– poniendo bienes y servicios en el mercado de libre competencia. Si la modificación de las condiciones colectivas de trabajo debe respetar la autonomía sindical, los *oficios de la mediación* han de integrar el compromiso y la libertad de acción para afianzar la equidad de los acuerdos que a la sazón se perfeccionan. La viabilidad futura de la empresa es la suficiencia para sobrevivir erguida –activa y firme– en el mercado, electrizar sus propósitos de presencia duradera y no efímera, y cumplir fielmente las funciones sociales que, de manera expresa o tácita, le incumben. El mantenimiento del empleo no se ha de confundir con la indemnidad o conservación total de su volumen, pues depende de las coyunturas y oportunidades que, atenuando siempre su degradación, toleran una *recuperación acorde con las posibilidades y los requerimientos del concurso*.

Esta *especie de cuasiconvenios* exige habilidades afines a las de la negociación de un convenio colectivo formal y precisa de un *componente mediador* sin el cual sus resultados nunca son los óptimos que cabe alcanzar.

La mediación no se ciñe a las relaciones de que se ha hecho mérito y se ingiere en otras que surgen de la insistencia y la práctica consuetudinarias. Allí donde la soberanía sindical ha impuesto el hábito –propio de las acciones de democracia directa y, como tal, irreversible– de que *las asambleas ratifiquen los pareceres, informes o respuestas de los representantes de los trabajadores*, se potencia la utilidad de los oficios mediadores para evitar las consecuencias negativas de una masificación visceral y conseguir, en lo posi-

ble, una *conformidad civilizada*. Si el éxito no acompaña a la misión encomendada, prevalece una emocionalidad –insensata y deletérea– que, al rubricar ese fracaso, confunde el triunfo del fuero de la autonomía sindical con el exterminio de la ilusión depositada en los merecimientos y resultados de la equidad negociadora.

6. Conclusiones acordes con los razonamientos que preceden

Hay dos clases de acciones con que, amén de otras más imaginativas y no menos recomendables, la comunidad de juristas gestiona –mediante soluciones de Derecho y arbitrios de mediación equitativa– ciertas vicisitudes del concurso. Las asistencias técnicas usuales de los especialistas –que sirven a un proceso judicial de corte clásico y de modernidad indiscutida– llegan a requerir, no pocas veces, una *división del trabajo* inherente a la importancia de las especializaciones y a los valores de la interdisciplinariedad. Los fenómenos de esta magnitud reclaman –previsiblemente o con urgencia impredecible– el *auxilio extraprocesal* de dictámenes, pareceres, informes y asesoramientos en la rama del Derecho material que identifica la causa de pedir o en otras disciplinas conexas. La dignidad de la aplicación del Derecho se prestigia gracias al *talante pluralista* –comprensivo de la apertura intelectual a la verdad, de la coincidencia justificada en lo común y de la divergencia plausible en lo que se discrepa– y la sana libertad de la comunidad de juristas. Ahí reside el *espíritu móvil y sensible* de sus componentes y se confirman los aciertos del *profetismo estructuralista* que, superando la concepción del Derecho como un *producto a secas del normativismo judicial*, le adivina en la confluencia de cuantos acontecimientos y/o conductas –reflexivas o emocionales, directas o indirectas– desencadenan resultados equitativos y aptos para expulsar a la injusticia de los reductos en que se guarece para perpetuar sus agresiones.

El haz de soluciones que, gracias a la novedosa disciplina del concurso, postergan la conversión de bienes en dinero y prefieren dejar a salvo la unidad y la continuidad de las empresas, denota un *sentimiento constitucional* mejorado por las *soluciones de equidad* –en cuyo ciclo se ingieren– y por el refuerzo de las *asistencias jurídicas externas* que animan la expeditividad de la justicia. *Esa política de supervivencia productiva se inspira en la equiparación de la equidad a la justicia material* que el art. 1.1 CE ha elevado a valor superior del ordenamiento jurídico y situado en el vértice de su reproducción piramidal. Responde a la *consigna de transformación* que formula el art. 9.2 CE, porque aspira a hacer real y efectiva la libertad de empresa que, de otro modo, corre la más indeseable y desventurada de las suertes. Propicia el *cumplimiento de la función social* de los instrumentos y medios de producción que el art. 33.2 CE atrae al elenco común de sus finalidades. Coordina los inconvenientes de la crisis económica con la tutela de los *con-*

tenidos intangibles de los derechos sociales sancionados en los arts. 35.1 y 41 CE. Refuerza la tesis de que el art. 38 CE acoge un *derecho-función* o derecho-bifronte que, además de perseguir y obtener el beneficio, obliga a dispensar ciertos servicios públicos, a prestar algunos *servicios esenciales de la comunidad*, sin cuyo regular funcionamiento la sociedad decae y se disloca, a ocuparse de los imperativos del consumo y a garantizar oportunidades de empleo acordes con la dignidad de la persona.

Esta reorientación procede del *ascenso de la libertad de empresa, en un régimen de economía de mercado, a la condición de derecho subjetivo fundamental*. El principio de primacía del Derecho Comunitario prohíbe que el ordenamiento constitucional –donde la libertad de empresa acampa bajo la rúbrica *De los derechos y deberes de los ciudadanos* (sec. 2.ª, cap. 2.º, tít. I CE)– adjudique al Derecho concursal un tratamiento menos excelente que el conferido a las *libertades básicas de establecimiento y circulación de capitales* por los textos fundamentales u originarios del Derecho europeo y por la, no hace mucho, malogrado TCUE. (Tratado por el que se establece una *Constitución para Europa*, cuyo texto informativo data de la Conferencia de 24 de junio de 2004).

Bibliografía de orientación

- ÁLVAREZ, I., «El futuro de la mediación preprocesal», *La ley*, 14 marzo 2007, pp. 14-16.
- ÁLVAREZ, M. T., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista del Poder Judicial*, n.º 77, pp. 243-304.
- BARCELONA, P. et al., *L'uso alternativo del diritto*. Roma-Bari: Ed. Laterza, 3 vols., 1974.
- BOLDO, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1996.
- BOULDING, K., *Conflict and defence: A general theory*. Nueva York: Ed. Harper, 1962.
- CAHN, E., *The sense of injustice*. Nueva York: Ed. New York University Press, 1949.
- CANDELARIO, I., *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*. Granada: Ed. Comares, 1999.
- CASTÁN, J., «La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 219-272, Madrid: Ed. Reus, 1953.
- CORDÓN, F., *Comentarios a la Ley Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2004.
- DEJEAN DE LA BATIE, N., *Appreciation in abstracto et appreciation in concreto en droit civil français*. París: Ed. Librairie Generale de Droit et de la Jurisprudence, 1965.

- DESSENS, J., *Essai sur la notion d'équité*. Toulouse: tesis inédita, 1934.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Derecho concursal práctico*. Madrid: Ed. Iurgium, 2004.
- FISHER, R. y URY, W., *Getting to «yes»*. Nueva York: Ed. Penguin Books, 1987.
- GÓMEZ MARTÍN, F., *Administración concursal*. Valencia: Ed. CISS, 2004.
- GONZÁLEZ BILBAO, E., *et al. Nuevo Derecho concursal*. Bilbao: Ed. Gómez Martín y Fernández Bilbao, 2004.
- HEIDER, F., *The psychology of interpersonal relations*. Nueva York: Ed. John and Sons, 1958.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología del Derecho*. Madrid: Ed. Antonio Hernández Gil, 3 vols., 1971-1976.
- HERRERA, E., *Manual de la Reforma concursal*. Madrid: Ed. Europea de Derecho, 2004.
- JIMÉNEZ C., *La nueva legislación concursal*. Madrid: Ed. Instituto de empresa, 2004.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L., «La culpabilidad», *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Losada, 1956.
- LORCA J. *et al.*, *La nueva Ley Concursal*. Donostia/San Sebastián: Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004.
- MOLINA, C., *Persona jurídica y disciplina de los grupos sociales*. Bolonia: Ed. Studia Albornotiana, 1995.
- OLIVENCIA, M., «El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma», *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid: Ed. Civitas, 1979, pp. 315-352.
- PRENDES, P. *et al.*, *Guía Práctica Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2005.
- PERELMAN, Ch., *Les notions a contenu variable en droit*. Bruselas: Ed. Bruylant, 1984.
- ROJO, A., *El convenio anticipado*. Madrid: Ed. Civitas, 2004.
- SAGRERA, J. M. *et al.*, *Comentarios a la Ley Concursal*. Barcelona: Ed. Bosch, 2004.
- VELÁZQUEZ, M. A., *Guía para una aproximación a la legislación concursal*. Madrid: Ed. Dykinson, 2003.
- WALTON, R. *et al.*, *A behavioral theory of labor negotiations*. Nueva York: Ed. Mac Graw-Hill, 1985.
- WILDNER, H., *Die technik der Diplomatie: L'art de negocier*. Viena: Ed. Springer, 1959.
- ZORRILLA, M. M., *Teoría General del Derecho*. Madrid: Ed. DYKYNSON, 2002;
- «Del sometimiento al imperio de la Ley, a la modernidad del arbitraje», *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, 2007, pp. 185-211.

NOTA

Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español

María Dolores Adam Muñoz

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Córdoba

Recibido: 08.07.08

Aceptado: 22.10.08

Resumen: El estudio analiza el artículo 107.2 del Código civil, norma de Derecho internacional privado español aplicable a la separación judicial y el divorcio, según la reforma operada por la Ley 11/2003 de 29 de septiembre. En él se analizan las deficiencias de la anterior normativa y los motivos que dieron lugar a la modificación de este precepto, que había sido reclamada por la doctrina en numerosas ocasiones. El detonante de la reforma radica en una recomendación del Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia, según la cual se instaba a que la norma de Derecho internacional privado contemplara la posibilidad de que, a elección de la parte demandante, la separación judicial o el divorcio se pudieran regir, bien por la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, o bien por la ley de la última residencia habitual común, siempre que ésta estuviera en España. Sin embargo, la transformación realizada por el legislador ha querido ser mucho más ambiciosa y no limitarse a reconocer la autonomía de la voluntad, lo cual, en realidad, no efectúa, y establece una regulación confusa, incoherente, vaga y equívoca, entre otras consideraciones. Estas imprecisiones son puestas de relieve en este trabajo, a la vez que se aportan distintas posibles soluciones para la regulación de la separación judicial y el divorcio internacionales.

Palabras clave: Crisis matrimoniales internacionales. Separación judicial. Divorcio. Repudio. Ley aplicable. Autonomía de la voluntad. Alegación y prueba del Derecho extranjero. Excepción de orden público internacional.

Abstract: *The research analyzes the article 107.2 of the Civil Code, Spanish International Private Law. It is applicable to the court separation and divorce, according to the reform operated on the Law 11/2003 on the date September 29th. The faults of the previous regulation and the reason that provoke the modification of this precept –which has been claimed in numerous occasions– are analyzed in this research itself. The trigger of the reform lies in a recommendation by the People Defence Lawyer to the Ministry of Justice. According to it, the International Private Law would contemplate the possibility of –being elected by the plaintiff part– the court separation or divorce could be governed, either by the common nationality law of the spouses, or by the last common habitual residence law (always this residence were located in Spain). However, the transformation made by the legislator in more ambitious and does not finish with recognizing the intention of autonomy, which, in fact, does not execute it, and establishes an unclear, incoherent, vague and wrong regulation. This imprecision is lent with special importance in this essay. At the same time, it contributes with diffe-*

rent possible solutions for the regulation of the international court separation and divorce.

Key words: *International marital crisis. Court separation. Divorce. Applicable law. Intention of autonomy. Declaration and proof of foreign law. International public order exception.*

Sumario: I. Introducción. El artículo 107 del Código civil según el contenido otorgado por la Ley 30/1981 de 7 de julio.—II. La reforma del artículo 107.2 del Código civil. 1. Iniciativa de la reforma legislativa: la recomendación del Defensor del Pueblo. 2. La respuesta legislativa a las demandas realizadas por el Defensor del Pueblo.—III. Contenido de la reforma legislativa: análisis de los distintos supuestos contemplados por el artículo 107 del Código civil. 1. El inciso primero del artículo 107.2 del Código civil: conexiones utilizadas. 2. Segundo inciso del artículo 107.2 del código civil: conexiones utilizadas.—IV. Bases para una reforma del artículo 107.2 del Código civil.—Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. EL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN EL CONTENIDO OTORGADO POR LA LEY 30/1981 DE 7 JULIO

La Ley 30/1981 de 7 de julio por la cual se introduce nuevamente el divorcio en nuestro país establece una norma específica para la separación judicial y el divorcio en el ámbito del Derecho internacional privado contenida en el artículo 107 del Código civil. Este precepto establecía como ley aplicable a estas situaciones, en primer lugar, la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de presentación de la demanda, en defecto de esta ley, la de la residencia habitual común del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, la ley española, siempre que los tribunales españoles resultaran competentes.

Los comentarios e interpretaciones vertidos sobre esta norma fueron muy variados y de toda índole; destacaron fundamentalmente los siguientes: en relación con la primera conexión, se indicaba a favor de su consagración que fue un criterio aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el corto período de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932, la cual no establecía normas de Derecho internacional privado en esta materia, además de ser fiel al artículo 9.1 del Código civil que declara aplicable la ley nacional al Estado civil y a los derechos y deberes de familia¹. Asimismo, se argumentaba que, con esta conexión, se respetaba el carácter

¹ ESPINAR VICENTE, J. M., «Normas de Derecho internacional privado», *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Madrid 1984, p. 758.

multicultural de nuestra sociedad y que era sumamente eficaz y respetuoso con el principio de proximidad cuando los cónyuges se sentían vinculados estrechamente con su Estado de origen, teniendo la intención de permanecer en nuestro Estado por un tiempo determinado, pero siempre poniendo sus miras en el futuro y pronto regreso a su Estado de procedencia; sin embargo, entre los inconvenientes se aducía, el llamado por J. D. González Campos efecto *bloqueante*², sobre la siguiente ley aplicable, que era la residencia habitual del matrimonio, la cual podía constituir el centro de vida real de la pareja cuando aquella había configurado un proyecto de vida en común en nuestro territorio y más teniendo en cuenta la actual situación que nuestro país está viviendo al convertirse de un país exportador de emigrantes, en un Estado receptor de éstos, de manera que a estas personas que tenían la intención de vivir de una forma estable en nuestro territorio se le imponía la aplicación de una ley que, a todas luces, resultaba ya ajena a su relación³.

La conexión de la residencia habitual fue generalmente bien aceptada y valorada por la doctrina, ya que, en defecto de nacionalidad común, ha constituido una de las orientaciones recogidas en nuestro Código civil a partir de la reforma del Título Preliminar operada en 1974. Su aplicación en materia de separación judicial y divorcio se justificaba por constituir un criterio de regulación *neutral*, al no preferir la ley personal de uno u otro cónyuge y, por tanto, evitar cualquier discriminación por razón de sexo. Además nos situaba en el lugar en que los cónyuges tienen su centro de vida familiar al solicitar el divorcio, lo cual conllevaba la obtención de un resultado fácilmente previsible⁴. No obstante, resultaba cuestionable que el precepto no concretara el momento de su apreciación por el aplicador del Derecho, lo que dio lugar a varias interpretaciones, entre las que destacan, en primer lugar, aquella que mantenía que por analogía con la primera conexión utilizada, la residencia habitual común del matrimonio tenía que considerarse en el momen-

² GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Derecho de familia. El matrimonio», AA.VV., en *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 322.

³ En relación con estas ventajas e inconvenientes, *Vid.* con carácter general, BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Crisis matrimoniales», AA.VV., en *Derecho internacional privado*. Vol. II, Granada, 2003, p. 150. PALAU MORENO, G., «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», *Rev. Actualidad Civil*, 2001, num. 15, p. 559. ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Valencia, 2003, p. 115. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, 2000, pp. 188 y ss.

⁴ *Vid.*, entre otros, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «La ley aplicable al divorcio en el Derecho internacional privado español», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num. 1566, p. 2631. ABARCA JUNCO, P., «Separación matrimonial y disolución del matrimonio», en *Derecho internacional privado*, Vol. II, Coord. por E. Pérez Vera, UNED, Madrid 2001, p. 152.

to de la presentación de la demanda⁵ y, en segundo lugar, la que sostenía que, habida cuenta de que no se especificaba la apreciación temporal de esta conexión, ésta se podría tener presente en cualquier momento de la vida del matrimonio⁶.

Por último, la utilización de la ley española como *lex civilis fori* se justificaba desde el momento en que a falta de las conexiones anteriores y, dado que nuestros tribunales eran competentes, a tenor del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ninguna ley mejor que la española para ser aplicada a la separación o al divorcio. El que la ley española recoja cuándo ha de ser constatada la existencia de la ley aplicable, evitaba que, por la voluntad unilateral de alguno de los cónyuges, se alterara la ley aplicable a la separación o al divorcio⁷. No obstante y, a pesar de esta ventaja, esta solución fue criticada por su simplismo y porque, en los últimos tiempos, a raíz de la entrada en vigor del Reglamento Comunitario 1347/2000 de 29 de mayo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁸, los foros de competencia judicial internacional en esta materia se habían ampliado considerablemente, de manera que la ley española resultaba aplicable a numerosos supuestos⁹.

II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 107.2 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Iniciativa de la reforma legislativa

No obstante todos estos argumentos, la doctrina siempre manifestó la necesidad de que este precepto contemplara la posibilidad de que las partes se pudieran divorciar o separar con arreglo a la ley española cuando su ley nacional común no admitiera esta posibilidad, y así lo puso de relieve una enmienda realizada al Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Comunista, por la que se proponía que se aplicara el Derecho español en el caso en que el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto no contemplase el divorcio, si bien en casos conectados estrechamente con el Orde-

⁵ AMORES CONRADI, M., «Artículo 107», en *Comentarios al Código Civil*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 425 y ss.

⁶ BLANCO-MORALES LIMONES, P. «Crisis matrimoniales», Ob. cit., p. 124.

⁷ ESPINAR VICENTE, J. M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1999, pp. 195-199.

⁸ DOCE L 160 de 30 de junio de 2000. En este mismo Diario existe un informe explicativo realizado por BORRÁS RODRIGUEZ, A., pp. 27 y ss. Actualmente este Reglamento ha sido sustituido por el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre, al cual nos referiremos más adelante.

⁹ ESPINAR VICENTE, J. M., «Normas de Derecho internacional privado», en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Madrid, 1994, p. 759.

namiento español, que no prosperó¹⁰; sin embargo, en ningún momento se ha observado por el legislador la necesidad de modificar la norma¹¹. Han sido los propios tribunales los que han tenido que valerse de ciertos recursos jurídicos para proceder a declarar el divorcio o la separación judicial de parejas cuya ley nacional común no admitía estas figuras sobre la base de la no alegación y prueba por las partes del Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto¹², de manera que, a la luz de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, ante tal situación deberá juzgarse y fallarse según el Derecho material español¹³ como *lex fori*, pero nunca desestimar la demanda propiciando un *non liques*¹⁴. Ello se deduce del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento

¹⁰ Esta enmienda rezaba del siguiente modo: «No obstante, si la ley extranjera aplicable conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, no admite la disolución de matrimonio por divorcio, se aplicará la ley española si uno de los cónyuges es español y tiene su residencia habitual en España». Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y ABARCA JUNCO, P., «Matrimonio y divorcio», en *Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, 1990, p. 910.

¹¹ Así, en la reforma operada al Código civil por la Ley 11/1990 de 15 de octubre en materia de no discriminación por razón de sexo, este precepto no gozó de modificación alguna en el sentido apuntado, a pesar de que la reforma operada en el artículo 9.3 consagró la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable a sus capitulaciones matrimoniales. Vid. en torno a esta disfunción, ZABALO ESCUDERO, E., «Efectos del matrimonio y sociedad multicultural», AA.VV., en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Dir. por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Madrid, 2000, pp. 21-25.

¹² Pionera en seguir esta línea fue la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Mieres de 28 de diciembre de 1981, en relación con dos cónyuges que eran de nacionalidad española y que, posteriormente al amparo del Convenio de doble nacionalidad de 28 de mayo de 1958, adquirieron la nacionalidad chilena y, tras volver a España, no inscribieron su domicilio en el Registro español, de manera que, a tenor del mencionado Convenio, subsistía la nacionalidad chilena como nacionalidad efectiva, de tal forma que, al no conocer el divorcio el Derecho chileno, ley aplicable por los tribunales como ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda de divorcio, tal divorcio debería ser denegado por el Juzgado de Primera Instancia. Ante tal situación, el órgano jurisdiccional declaró no probado por las partes el Derecho chileno y, aplicando el Derecho sustantivo español decretó el divorcio de las partes. La Audiencia Territorial de Oviedo, en su sentencia de 20 de octubre de 1982 revocó la sentencia del Juzgado al indicar que esta situación no se hubiera producido si se hubiera aceptado la enmienda al Proyecto de ley que proponía la aplicación del Derecho español en el caso en que el derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto desconociera el divorcio.

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1984, 7 de septiembre de 1990 y 13 de diciembre de 2000.

¹⁴ Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de marzo de 2002 manifiesta que «... evidentemente el contenido de las normas sustantivas aplicables de dicha Ley (sea la británica, la ghanesa o cualquier otra distinta de la española) no ha sido acreditado por ninguna de las partes, como afirma el Tribunal de instancia, por lo que según esta Sala ha establecido reiteradamente (Sentencias de 7 de septiembre de 1990 y 11 de mayo de 1989, entre otras muchas y, más recientemente la de 13 de diciembre de 2000) procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico...».

Civil que, en sustitución del artículo 12.6 párrafo 2.º del Cc.¹⁵, indica que «*el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia*», añadiendo que el juzgador podrá valerse de «*cuantos medios de averiguación estime necesarios*»¹⁶. Así pues, ante la pregunta formulada a diversos magistrados acerca de si se ha de desestimar la demanda en los procesos de separación y divorcio si la ley extranjera aplicable al caso no fuese alegada y probada por las partes, la práctica totalidad de los encuestados han contestado de forma negativa al indicar que, lejos de la desestimación, lo correcto es la aplicación del Derecho material español¹⁷. Esta solución es la que adopta la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 12 de mayo de 2003 al considerar que el Derecho marroquí, como ley nacional común de las partes aplicable al divorcio, no ha sido alegado ni probado por las partes, de manera que procede la aplicación del Derecho español. A mayor abundamiento, la esposa demandante expresa su consideración de que si se aplicara este Derecho vulneraría el orden público internacional español al ser discriminatorio para la mujer. Así, la esposa alega el Derecho extranjero, pero lo hace de una forma negativa al manifestar su oposición con el orden público internacional español¹⁸.

Otra de las posibles soluciones que se había mencionado por la doctrina es el posible reenvío que la ley nacional común, como ley rectora del divorcio, pudiera realizar a la norma española como ley del lugar de la residencia habitual del matrimonio¹⁹.

¹⁵ Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, BOE, 8 de enero de 2000.

¹⁶ La interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado de este precepto (art. 12.6 pfo. 2.º) en su sentencia 10/2000 de 17 de enero, es que las partes han de introducir en el proceso el Derecho extranjero, pero no cabe la pasividad del juzgador en cuanto a la investigación y determinación de su vigencia. De esta forma, el Alto Tribunal mantiene que a la luz del artículo 24 de la Constitución «... *la decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del Derecho extranjero resulta debida por la imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio. En efecto, en supuestos como éste y, teniendo en cuenta sus singulares circunstancias, la acreditación del Derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones, que indudablemente es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios*».

¹⁷ Vid. encuesta realizada por P. GONZÁLEZ VICENTE en *Revista Sepin-Familia*, num. 28 de 2003, pp. 9-23.

¹⁸ Vid. el interesante comentario realizado a esta sentencia por RODRÍGUEZ RODRIGO, J., «Crisis matrimoniales: foro de necesidad en relación con la sentencia num. 166/2003», AA.VV., en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Dir. por A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ, Madrid, 2004, pp. 705-721.

¹⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Derecho de familia. El matrimonio», AA.VV., en *Derecho internacional privado*, Ob. cit. p. 323.

No obstante, todas estas soluciones se han tomado de forma nada coordinada, y la resolución judicial a favor o no de la declaración de la separación o el divorcio dependía del tribunal que conociera del asunto, lo cual conllevaba una gran inseguridad jurídica. Ha sido a raíz de una recomendación elevada por el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia cuando el artículo 107 del Código civil ha gozado de una modificación largamente esperada, ya que cuando este precepto vio la luz en el año 1981, España no tenía todavía el número de inmigrantes que tiene hoy ni, por lo tanto, se habían presentado ante nuestros tribunales las cuestiones que se están planteando hoy en día.

La recomendación del Defensor del Pueblo mencionada tiene su base en una queja formulada por una nacional marroquí residente legal en España casada con un marroquí y con un hijo de siete años habido del matrimonio, que tuvo que abandonar el domicilio conyugal con su hijo debido a las desavenencias y a los malos tratos propiciados por su marido. La interesada solicitó la adopción de medidas provisionales ante el Juzgado de Primera Instancia de Murcia, las cuales fueron aprobadas mediante auto de 21 de diciembre de 2001, en el cual se señalaba que éstas quedarían sin efecto si en el plazo de 30 días no se presentaba la oportuna demanda ante el juez o tribunal competente²⁰. El abogado de la interesada se puso en contacto con el Defensor del Pueblo para manifestarle que, de acuerdo con el artículo 107 del Código civil, la separación y el divorcio se regirían por la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda, dándose el caso de que la ley marroquí, como ley nacional común, no contempla la figura legal de la separación, sino sólo el divorcio y el repudio por voluntad unilateral del marido²¹. De acuerdo con esta ley, la mujer no puede repu-

²⁰ La Ley 27/2003 de 31 de julio regula la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE num. 183 de 1 de agosto de 2003), por medio de la cual, el juez adoptará las medidas precisas de carácter penal y civil con la finalidad de proteger a la víctima; éstas tendrán una duración de treinta días, quedando sin efecto si la solicitante no interpone en este periodo de tiempo la oportuna demanda.

²¹ El procedimiento que entonces regía en Marruecos para repudiar a la esposa era relativamente simple y relativamente rápido, aunque en un primer momento se complique a consecuencia de su carácter revocable, pues algunos ordenamientos islámicos exigen la existencia de un acto previo de conciliación. En el Derecho marroquí el repudio tenía que ser firmado por dos notarios (adules) bajo la jurisdicción del juez del domicilio conyugal. Tenía que ser registrado en presencia de ambas partes tras la autorización del juez. Si la esposa no comparecía, no era motivo para no seguir adelante con el repudio si el marido permanecía en su actitud. Sin embargo, para dar publicidad al acto del repudio, se preveía que el juez informara a la mujer de su nueva situación desde que se pronunciaba el repudio y le hiciera llegar su acta original cuya propiedad ostentaba, en un plazo no superior a quince días, mientras que al marido se le entregaba una copia. Las formalidades del repudio se establecían en los artículos 80 y 81 del Código marroquí, y se señalaba a tal efecto que en el acta había de constar si es el primer, segundo o tercer repudio. Este requisito es de suma importancia, ya que indicaba si el repudio era revocable o no, de manera que

diar al marido y, para obtener el divorcio en contra de la voluntad del marido, deberá litigar por un periodo de tiempo excesivamente amplio, unos cinco años como mínimo, mientras que si es el marido el que lo solicita el tiempo en el que se dicta la resolución se reduce considerablemente, unos quince días²². Así las cosas, el Defensor del Pueblo se informa de la veracidad de

en el acta constaba la disolución definitiva del matrimonio. Ello es así, desde el momento en que en los sistemas islámicos, por regla general, admiten dos tipos de repudio: el revocable y el irrevocable. El primero tiene lugar cuando es temporal o limitado en el tiempo, a fin de que el esposo reflexione acerca de la decisión que ha tomado; la mujer debe quedar en ese periodo de tiempo en una situación de retiro legal (*idda*), que dura tres meses, o se amplía a diez si está embarazada, para que no existan dudas acerca de la paternidad del marido, de manera que el matrimonio subsiste a todos los efectos legales (arts. 58 y 60 del Código argelino). Es el marido el que decide dónde va a cumplir la mujer su retiro legal, y no se tiene en cuenta para nada la opinión de ésta, de manera que si no cumple con esta obligación del retiro se considera que ha abandonado el domicilio conyugal. Si el marido se retracta de su decisión antes de que transcurra el plazo de la *idda*, el matrimonio reanuda su vida conyugal sin que la esposa tenga que mostrar su conformidad. Si esta situación tiene lugar, el marido tiene el privilegio de pronunciar un segundo repudio, así hasta tres veces, momento en el cual el repudio se transforma en irrevocable. También adquiere esta cualidad cuando el marido deja pasar el periodo de la *idda* sin deponer su actitud. Nótese que en ningún caso se tiene en cuenta para nada la opinión de la mujer, que está sujeta en todo momento a la voluntad de su marido.

En cuanto a los efectos del repudio, también eran bastante discriminatorios en relación con la mujer, ya que ésta, aunque conservaba la guarda y custodia de los hijos (*hadana*), hasta que éstos adquieren cierta edad dependiendo del sexo, la patria potestad la ostentaba el padre con todos los privilegios que ello conlleva. La *hadana* se perdía, entre otras causas, si la mujer contraía nuevas nupcias, o si fijaba su residencia en un lugar no permitido por el padre o si educaba a los hijos en una religión que no fuera la musulmana, independientemente de que la madre la profesara o no.

En relación con los efectos económicos, recientemente se ha articulado en algunos países, Marruecos entre ellos, que se establezca una compensación económica para la mujer por los perjuicios ocasionados, si bien en la práctica, ésta suele ser de escasa cuantía; todo depende de la posición social que hubiera tenido el matrimonio. Aunque la mujer conserve la guarda de los hijos, no tiene derecho a permanecer en el domicilio conyugal, a no ser que sea de su propiedad. Como consecuencia del repudio, el marido ha de abonar la parte de dote correspondiente según se hubiera pactado en el contrato matrimonial.

²² En relación con el repudio, *Vid.* con carácter general, ADAM MUÑOZ, M. D., *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba, 2001. ADROER BIOSCA, S., «Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español», AA.VV., en *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. J. M. Díaz Moreno*, Madrid, 2000, pp. 889-890. PALAU MORENO, G., «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», *Rev. Actualidad Civil*, 2001, num. 15, p. 559. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad», en *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*. Ed. I. García Rodríguez, Alcalá de Henares, 2001, p. 333. AGUILAR GRIEDER, H., «Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en DIPt.», AA.VV., en *Cuestiones actuales de derecho comparado*, Dir. por G. Morán García,

la situación y de que la práctica de nuestros tribunales es confusa, de manera que, para evitar estas situaciones claramente discriminatorias para la mujer, recomienda al Ministerio de Justicia que modifique el artículo 107 del Código civil de tal manera, que contemple la posibilidad de que, a elección de la parte demandante, la separación o el divorcio puedan regirse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común de los cónyuges cuando ambos residan en España²³.

La Coruña, 2003, pp. 235 y ss. CARLIER, J. Y., «La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc», *Journal del Tribunaux*, 1985, pp. 102-115. Id., «Volonté ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger», *Revue trimestrale de droit familial*, 1991 (II), pp. 165-172. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales y dispersión del pleito», AA.VV., en *Globalización y derecho*, Dir. por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. Madrid 2003. Id. *Matrimonio y elección de ley estudio de Derecho internacional privado*, Granada, 2000, esp. pp. 40-120. DEPREZ, J., «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *Recueil des Cour*, t. 211, 1988/IV, pp. 200-216. Id. «Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de Droit international privé», en *Familles-Islam-Europe*, Dir. por M. C. Foblets, París, 1996, pp. 94-98. Id. «Droit international privé et conflits de civilisation». ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, Valencia, 2003, pp. 90-94. FADLALLAH, I., «Vers la reconnaissance de la répudiation musulmana par le juge français?», *Revue Critique de droit international*, 1981, pp. 17-34. FOGLEETS, M. C., «Conflits conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle?», *Annales de Droit de Louvain*, 1999, pp. 66-68. HAMME, P., «Effects en France des repudiations musulmanes; fraude et ordre public», en *Droit de l'enfance et de la famille*, 1996, pp. 106-112. LAGARDE, P., «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation. l'expérience française», en *Nouveaux itinéraires en droit*, Homenaje a F. Rigaux. Bruselas, 1993, p. 276. MERNISSI, S., «El estatuto de la mujer en Marruecos», AA.VV., en *el Islam jurídico y Europa*, Dir. por A. BORRÁS RODRÍGUEZ y S. MERNISSI, Barcelona, 1997, pp. 106-107. MONÉGER, F., «Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?», en *Journal Clunet de droit international*, 1992, pp. 347-355. QUINONES ESCAMEZ, A., «Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: el repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización del matrimonio civil», en *Derecho registral internacional. Homenaje al Prof. R. Arroyo Montero*, Madrid, 2003. Id. «La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho judicial, VIII-2002, pp. 280-281. Id. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000.

²³ Agradezco muy sinceramente la información facilitada por la Oficina del Defensor del Pueblo y el envío de la mencionada recomendación, en particular, al asesor de «Justicia y Violencia doméstica».

2. La respuesta legislativa a la demanda realizada por el Defensor del Pueblo

No obstante la concreta indicación realizada en la recomendación por el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia, el legislador ha efectuado una reforma mucho más amplia, e incluso distinta, que la sugerida por éste que se circunscribía a que la Ley posibilitara el ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes (en concreto, la parte demandante) limitada a elección, bien de la ley de la nacionalidad común o bien la ley de la residencia habitual común cuando ésta radicara en España²⁴, de manera que así se propiciaba que los cónyuges pudieran aplicar tanto la ley del país de acogida (ley española), en el caso en que desearan su integración, como la ley del Estado de origen, en el supuesto en que su proyecto se dirigiera a regresar allí conservando la tradición de su país²⁵.

La reforma fue operada por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros²⁶, lo que fue criticado por cierto sector doctrinal al entender que éste no era el lugar más adecuado para efectuar la modificación, toda vez que la Ley Orgánica aborda fundamentalmente medidas de carácter penal de manera que no resulta adecuada la asociación que la Ley establece entre el Plan de Lucha contra la Delincuencia y las medidas necesarias para la integración social de los extranjeros en España²⁷. Por otra parte, se ha argumentado que la ubicación de esta norma no es la más adecuada, ya que hubiera sido preferible colocarla al final del artículo 9.2 del Código civil, que regula la ley aplicable a los efectos del matrimonio, cuando éste hace referencia en su inciso final al artículo 107 del Código civil. De esta forma, se hubiera reubicado junto al resto de los preceptos

²⁴ Textualmente la recomendación indica lo siguiente: «... ese Ministerio de Justicia pueda promover las reformas legislativas necesarias tendentes a la modificación del artículo 107 del Código civil, de tal manera que contemple la posibilidad de que, a elección de la parte demandante, la separación o el divorcio pueda regirse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común cuando ambos cónyuges residan habitualmente en España».

²⁵ Estos extremos han sido puestos de manifiesto por A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Crisis matrimoniales», en *Derecho internacional privado*, Granada, 1998, p. 157.

²⁶ BOE num. 234 de 30 de septiembre de 2003. El 21 de marzo de 2003 fue publicado en el BOCGCD el proyecto de Ley Orgánica de esta Ley, la cual se ha sometido a una tramitación muy urgente, de manera que el texto fue aprobado en el Senado el 18 de septiembre sin que sufriera modificación alguna sobre el original, ya que no aceptaron ninguna de las enmiendas realizadas al texto.

²⁷ CAMPUZANO DÍAZ, B., «Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código civil», AA.VV., en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Dir. por A. L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ. Madrid 2004, pp. 183-184.

de Derecho internacional privado dedicados a los efectos del matrimonio, lográndose así una más lógica ordenación legislativa²⁸.

III. CONTENIDO DE LA REFORMA LEGISLATIVA: ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 107

El párrafo segundo del artículo 107 del Código civil establece la ley aplicable a la separación judicial y el divorcio, indicando al respecto esto: «*La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.*

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resulta aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. b) Si en la demanda presentada ante el tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de una forma discriminatoria o contraria al orden público».

De la redacción de este precepto se desprende que éste se divide en dos partes bien diferenciadas: la primera de ellas constituye una norma de conflicto bilateral en la que se establecen diversos puntos de conexión en cascada o de forma jerarquizada que determinan la ley aplicable a estas dos instituciones: la separación judicial y el divorcio; y, en segundo lugar, nos encontramos con una norma de extensión o autolimitada, la cual aplica la ley española a la separación judicial y al divorcio en aquellos supuestos en los que la relación está estrechamente vinculada con el Ordenamiento español, como sucede en los casos en que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, si bien, no establece el momento en el que el aplicador del Derecho ha de tener en cuenta estas circunstancias, de manera que, siguiendo un criterio interpretativo análogo con el párrafo primero, podemos concluir que éstas habrán de ser observadas en el momento de la interposición de la demanda. En las líneas que siguen vamos a proceder al análisis de estos dos párrafos:

²⁸ DIAGO DIAGO, M. P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad», AA.VV., en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, 2004, pp. 277-278.

1. El inciso primero del artículo 107.2 del Código civil: conexiones utilizadas

Este inciso señala que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

Como podemos comprobar, se sigue manteniendo la aplicación de la ley nacional común del matrimonio concretada en el momento de la presentación de la demanda, de manera que, a través de la aplicación de esta ley, se posibilita el respeto a la identidad cultural de aquellas personas que residen de forma temporal en España y que no se encuentran arraigadas plenamente en nuestro Estado, sino que su intención es regresar algún día a su país de origen. Con la aplicación de esta ley se asegura que los implicados no van a tener excesivas dificultades para que la resolución dictada por los tribunales españoles sea reconocida en su país de origen.

El momento de la determinación de la ley nacional común, a mi juicio, también resulta adecuado, toda vez que, en numerosas ocasiones, en el tráfico externo, los matrimonios cuando se celebran suelen ser mixtos; es decir, las partes tiene diferente nacionalidad, prueba de lo cual es que nuestro sistema establece un periodo de residencia legal y continuada en España sensiblemente inferior a la vía ordinaria para que la persona extranjera que esté casada con español o española pueda adquirir la nacionalidad española²⁹. Así pues, si la nacionalidad diferente de las partes es normal al comienzo del matrimonio, sucede en bastantes casos que en el momento de la disolución es la misma.

Asimismo, se sigue manteniendo el criterio de la residencia habitual común del matrimonio, si bien el legislador ya sí establece el momento en que ésta ha de ser apreciada; es el momento de la interposición de la demanda, criterio que anteriormente se seguía por analogía con la determinación del momento en el que el precepto establecía que se había de apreciar la ley nacional común del matrimonio.

Por último, el precepto abandona la aplicación de la ley española como *lex civilis fori* y establece la conexión de la última ley de la residencia habi-

²⁹ El artículo 22.2 d del Código civil señala que bastará un tiempo de residencia en España de un año para solicitar la nacionalidad española si en el momento de la solicitud estuviere casada con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho, mientras que, en todos los demás casos se requiere que el tiempo de residencia por un periodo de diez años, o de cinco en los supuestos en los que se haya obtenido asilo o refugio o de dos años cuando se trate de nacionales de origen iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o de sefardíes.

tual común del matrimonio si uno de los cónyuges, da igual que sea el demandante o el demandado, aún reside habitualmente en dicho Estado³⁰. La intención que subyace en el establecimiento de este criterio es la de aplicar una ley con la que el matrimonio haya estado vinculado, corrigiendo aquellas situaciones en las que el matrimonio de distinta nacionalidad, pero con residencia habitual común en un Estado determinado, se ha roto o está en vías de ruptura, dando lugar a que las partes se separen de hecho y que una de ellas abandone el país en el que el matrimonio ha tenido su última residencia habitual común. En el momento de la interposición de la demanda, habida cuenta de que ha existido una separación de hecho, las partes no tendrían una residencia habitual común, de manera que sería imposible aplicar esta ley a la separación o al divorcio. Así pues, el legislador ha considerado que la ley de la última residencia habitual común, si uno de los cónyuges aún reside en ese Estado, refleja fielmente la proximidad que el matrimonio ha poseído con un determinado Ordenamiento, de manera que, para poder aplicar ésta ha mantenido el criterio de la residencia habitual de, al menos, uno de los cónyuges, en el lugar en el que el matrimonio tuvo su última residencia habitual común.

Lógicamente, esta ley no tendrá que coincidir con la ley española, ya que puede darse el caso, por ejemplo, de un matrimonio entre español y francesa que residían habitualmente en Francia y que, ante la ruptura de hecho de su matrimonio, el cónyuge español regrese a España e interponga ante los tribunales españoles la demanda de divorcio de mutuo acuerdo. Así las cosas y, ya que su cónyuge reside de manera habitual en Francia y éste ha sido el lugar de la última residencia habitual del matrimonio, podrá ser la ley francesa la que se aplique al fondo del divorcio, aunque sean competentes los tribunales españoles para conocerlo.

No obstante lo anterior, la determinación de la ley aplicable coincide con uno de los presupuestos de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles señalada en el Reglamento Comunitario 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental³¹, ya que, a tenor de su artículo 3, los tribunales españoles serán competentes si España ha sido el último lugar de la residencia habitual común del matrimonio y uno de los cónyuges aún reside en nuestro Estado. De esta forma, se trata de evitar que, ante la inminente ruptura de un matrimonio de extranjeros de distinta nacionalidad, cuya última residencia habitual común ha sido España y, una vez que uno de los cónyuges

³⁰ La residencia habitual se entiende como «*centro social de vida del cónyuge*». A tal efecto, no importa que la residencia sea legal o ilegal, SAP de Cuenca de 26 de febrero de 2004.

³¹ *DOUE* num. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

ges ha interpuesto demanda de separación o divorcio ante los tribunales españoles, el otro cónyuge regrese a su país de origen e interponga ante los tribunales de su Estado demanda de separación o divorcio esperando lograr una resolución más favorable a sus pretensiones, y se oponga a la demanda interpuesta ante los tribunales españoles alegando litispendencia o la existencia de una sentencia judicial firme extranjera entre las mismas partes y sobre la misma causa³².

2. Segundo inciso del artículo 107.2 del Código civil: conexiones utilizadas

Independientemente de las leyes establecidas en el párrafo primero, las cuales se siguen aplicando de forma jerarquizada o en cascada, será de aplicación la ley española siempre que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en los siguientes casos:

- a) si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas,
- b) si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y
- c) si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Los criterios utilizados por el legislador español para proceder, en todo caso, a la aplicación de la ley española son los mismos que se establecen en el Reglamento Comunitario 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; es decir, la aplicación de la normativa española se sustenta sobre la base de la residencia habitual en España o de la nacionalidad española de alguno de los cónyuges, de manera que nuestra normativa regirá la separación o el divorcio en no pocas ocasiones. Ahora bien, estos extremos se tendrán en cuenta

³² Así, la sentencia de la AP de Murcia de 9 de marzo de 2007 (sección 5.ª) (*Aranzadi Wetlaw JUR/2007/264859*), ante la alegación de la parte demandada de que existe una sentencia de divorcio dictada por los tribunales marroquíes y el requerimiento por el tribunal para que presente una copia certificada, estima que tal proceso de divorcio seguido en Marruecos se inició con posterioridad al proceso de separación judicial iniciado ante los tribunales españoles por la demandante, de manera que, como indica el artículo 410 de la LECv, la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde el momento de la interposición de la demanda si después ésta es admitida, como sucede en el caso que se está juzgando. Anteriormente y, en el mismo sentido, Sentencia de la AP de Murcia de 12 de mayo de 2003 (sección 1.ª) (*Aranzadi Wetlaw AC/2003/1676*).

de forma cumulativa con los supuestos establecidos a continuación, si bien éstos juegan de una forma alternativa; es decir, basta con que se dé uno de ellos para que la ley española sea de aplicación.

a) El primer supuesto; es decir, en el apartado *a*, se aplicará la ley española siempre que no resulte aplicable ninguna de las leyes señaladas en el párrafo primero. La norma se inclina claramente hacia el *favor divorcii*, ya que se aplicará la ley española si con arreglo a la norma de conflicto del párrafo primero no se puede obtener la separación o el divorcio. Con este precepto, el Ordenamiento español podría correr el riesgo de convertirse en un «*paraíso del divorcio*» y, ello si tenemos en cuenta además los criterios tan amplios de competencia judicial internacional de nuestros tribunales otorgados por el ya citado Reglamento Comunitario³³. Hemos de tener en cuenta además que, en el momento en que se produce la reforma del art. 107.2 del Código civil, la separación y el divorcio no constituían en nuestro Ordenamiento jurídico un derecho. El artículo 32 de la Constitución úni-

³³ Los criterios de competencia judicial internacional que establece el Reglamento para que se pueda demandar a una persona que, o bien sea nacional de un Estado miembro, o bien tenga su residencia habitual en un Estado miembro, son los siguientes (artículo 3): son competentes los tribunales del Estado 1. En cuyo territorio se encuentre. a) La residencia habitual de los cónyuges o b) La residencia habitual del demandado, c) El último lugar de la residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o d) En caso de demanda conjunta: La residencia habitual de uno de los cónyuges o f) La residencia habitual del demandante si ha residido allí durante, al menos un año, inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, o g) La residencia habitual del demandante en el caso de que haya residido allí al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión, o en el caso del Reino Unido, que tenga allí su domicilio.

2. De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido del domicilio común.

Asimismo, el art. 7 indica que si los tribunales de los Estados miembros no son competentes con arreglo a los criterios de competencia señalados en el Reglamento, podrán conocer de las causas de separación o divorcio, acudiendo a su sistema autónomo de competencia judicial internacional, de forma que ya no será necesario que el demandado sea nacional o residente habitual en un Estado miembro.

En el caso de España, estos criterios se encuentran en la **Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 22.3**. Nuestros tribunales son competentes: a) Cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la presentación de la demanda o b) El demandante sea español y tenga su residencia habitual en España o c) Cuando ambos cónyuges sean españoles, independientemente del lugar en el que residan, siempre que interpongan la demanda de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro. Todo ello con independencia de que hagan uso de los foros generales contenidos en el art. 22.2 de la LOPJ; es decir, de la sumisión tácita o expresa y del domicilio del demandado en España.

En este último caso, según el art. 7.2 del Reglamento, estos criterios autónomos de competencia los podrá invocar un residente habitual en España en igualdad de condiciones que los españoles, aunque la parte contra la que demande no sea residente habitual ni nacional de un Estado miembro.

camente indicaba lo siguiente: «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*». Hoy en día esta situación ha experimentado un cambio considerable y la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio³⁴, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución «*persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial*». A tal efecto y, de acuerdo con el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el artículo 10.1 de la Constitución, se reconoce «*el derecho de la persona a no continuar casada*».

Como podemos observar, la modificación del artículo 107.2 del Código civil se adelanta, en cuanto al reconocimiento del derecho al divorcio, a la reforma operada en el año 2005, lo cual, si bien es digno de ser calificado de forma positiva, también presenta el riesgo de que nuestros tribunales emanen resoluciones judiciales claudicantes.

Por otra parte y, como ha sido puesto de relieve por algunos autores³⁵, este precepto conlleva ciertas lagunas legales que no son resueltas. Así, éste será el supuesto en el que los cónyuges tengan distinta nacionalidad, no siendo ninguna de ellas la de un Estado miembro y que residan habitualmente en España, pero comenzada la crisis matrimonial cada uno de ellos decide volver a su país de origen y a los pocos meses y, de común acuerdo, presentan la demanda de separación ante los tribunales españoles, al ser éste el último lugar de la residencia habitual común del matrimonio. Los tribunales españoles serán competentes a tenor de la sumisión expresa de las partes, foro de competencia que se contempla en el artículo 22.3 de la LOPJ, el cual será aplicable a tenor del artículo 7 del Reglamento Comunitario 2201/2003³⁶. Llegado el momento de determinar la ley aplicable al fondo del asunto, ya

³⁴ BOE, num. 163 de 9 de julio de 2005.

³⁵ Esta cuestión es puesta de relieve por DIAGO DIAGO, M. P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad», en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Dir. por A. L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ. Madrid 2004, p. 287 y por CAMPUZANO DÍAZ, B., «Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código civil», en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Dir. por A. L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ. Madrid 2004, p. 188, las cuales siguen a CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales», AA.VV., en *Derecho internacional privado*. Vol. II, Madrid, 2003, p. 158.

³⁶ La sumisión expresa a los tribunales españoles sí que podrá ser efectiva en las demandas de separación o divorcio efectuadas por los cónyuges de mutuo acuerdo, ya que el artículo 770 de la LECv indica que las demandas de nulidad, separación o divorcio que no sean de mutuo acuerdo (a las que se refiere el artículo 777) se sustanciarán por los trámites del juicio verbal. En esta línea, el artículo 54 de la LECv señala lo que sigue: «Tampoco será válida la sumisión expresa o tácita que deban decidirse por el juicio verbal», de manera que

que las conexiones del párrafo primero del artículo 107 no resultan aplicables al no concurrir ninguna de ellas en el supuesto, al no residir en España ninguno de los cónyuges, ni tener tampoco ninguno de ellos la nacionalidad española, no procedería el pronunciamiento de nuestros tribunales sobre la separación o el divorcio, ya que el precepto no establece la solución a adoptar. En este caso, el precepto debería de establecer la aplicación de la ley española como *lex civilis fori*; es decir, cuando los tribunales españoles sean competentes, como así lo hacía el artículo 107.2 del Código civil antes de ser modificado.

Asimismo, este criterio puede operar cuando no se haya alegado y probado en el proceso el derecho extranjero aplicable a la separación judicial o el divorcio, según los criterios del párrafo primero; es decir, cuando la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual común, así como la última ley nacional común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside allí, sea una ley extranjera. Esto nos conduciría nuevamente a la aplicación de la ley material española, pero no ya porque no se haya probado ni alegado el Derecho extranjero (artículo 281.2 LECv), sino por mandato del apartado *b* del inciso 2.º del artículo 107.2 del Cc. Así, tendrían plena vigencia, a pesar de la modificación del artículo 107.2 del Cc, las resoluciones judiciales que, para evitar el no dictar una separación o un divorcio, acudían al mecanismo de la no probanza del Derecho extranjero, necesaria y obligatoria según el artículo 281.2 de la LECv.

b) En el segundo supuesto; esto es, en el apartado *b*, parece que la aplicación de la ley española se ha de hacer de forma automática cuando los cónyuges presenten la demanda de divorcio o separación ante los tribunales españoles de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro incluso, como apunta B. Campuzano Díaz, aun cuando no sea ésta la voluntad de los cónyuges³⁷, interpretación que no queda avalada por el objetivo de la reforma, pero que sí lo está a tenor de su tramitación parlamentaria, toda vez que el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda poniendo de manifiesto este extremo y ésta no fue aceptada³⁸. Precisamente ésta es la interpre-

el foro de la sumisión expresa no opera en los divorcios o separaciones contenciosas. Estos preceptos impiden que dos cónyuges que ostentan la misma nacionalidad puedan divorciarse con arreglo a su ley nacional común en el caso de un proceso no contencioso. *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales*, Santiago de Compostela, 2004, p. 123 y ss.

³⁷ CAMPUZANO DÍAZ, B., *Consideraciones acerca de la reforma del art. 107...*, Ob. Cit., p. 190.

³⁸ Esta enmienda (la num. 189), fue justificada por el Grupo Parlamentario Socialista indicando que «*La letra b) del apartado 2 del texto del Proyecto lleva en realidad al absurdo de que a los cónyuges extranjeros que presenten solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo se les imponga el Derecho español, lo que no tiene sentido, ni se justifica ni es congruente con el apartado 2 del artículo*». *BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A; Proyecto de Ley 13 de mayo de 2003, Num. 136-8, Enmienda, p. 90.*

tación que realiza M. P. Diago Diago³⁹, al entender que este apartado constituye un espacio idóneo para que los cónyuges ejerciten la autonomía de la voluntad, ya que podrán elegir en su demanda la aplicación de la ley española y no la aplicación de la ley nacional común o de la residencia habitual común si presentan la demanda de mutuo acuerdo ante los tribunales españoles. No obstante esta interpretación, hemos de señalar que esta puntualización no fue aceptada en la tramitación de la ley, ya que en la enmienda presentada por el Grupo Socialista se solicitaba que el texto indicara lo siguiente: «*En todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en el momento de la presentación de la demanda si... b) Lo solicitan ambos cónyuges en la demanda presentada de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro*». De manera que hemos de concluir que el precepto puede conducir a errores en cuanto a su aplicación, ya que el intérprete jurídico puede deducir de su tenor que la aplicación del derecho español es obligatoria en este supuesto y no queda a la elección de las partes a través de su indicación expresa en la demanda.

c) En el tercer supuesto; es decir, en el apartado *c*, se aplicará la ley española si las leyes señaladas en el párrafo primero no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público. Nuevamente se instituye el *favor divorci*, al plasmarse el texto de la enmienda al Proyecto de la Ley 30/1981 de 7 de julio, que en su día no se aceptó, y ello porque se aplicará la ley española siempre y cuando la norma extranjera aplicable no reconozca o no regule la separación o el divorcio⁴⁰. Asimismo y, para lograr la efectividad del *favor divorci*, la ley extranjera aplicable no sólo no ha de reconocer la separación judicial o el divorcio, sino que basta con que el reconocimiento de estas instituciones sea realizado por la normativa foránea de una forma discriminatoria o contraria al orden público.

³⁹ DIAGO DIAGO, M. P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad», Ob. Cit., p. 291. La autora indica que la aplicación de la ley española puede conducir a que el divorcio y la separación se rijan por una ley que ya nada tiene que ver con el matrimonio, como sería el supuesto de una pareja de italianos con residencia habitual en Italia y que, tras la ruptura de la relación, uno de los cónyuges se traslada a España y sitúa aquí su residencia habitual. Al cabo de un año deciden interponer de mutuo acuerdo la demanda de divorcio ante los tribunales españoles, dándose el caso de que se aplicará al fondo la ley española, ley con la cual no ha tenido ninguna vinculación el matrimonio.

⁴⁰ Esta enmienda rezaba del siguiente modo: «*No obstante, si la ley extranjera aplicable conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, no admite la disolución de matrimonio por divorcio, se aplicará la ley española si uno de los cónyuges es español y tiene su residencia habitual en España*». Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y ABARCA JUNCO, P., «Matrimonio y divorcio», en *Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, 1990, p. 910.

Así, es posible, como sucede en determinados Ordenamientos jurídicos, que no exista la separación judicial, pero sí el divorcio (Alemania, Rumanía, Países Escandinavos, etc.). En este caso, como así lo han determinado ciertas resoluciones de nuestros tribunales, como si obrara un mecanismo en estos ordenamientos para disolver el matrimonio, si el nacional de uno de estos ordenamientos presenta ante nuestros tribunales una demanda de separación y ley aplicable es la de su nacionalidad, en lugar de aplicar la ley material española lo que procede es denegar la demanda de separación e indicarle al demandante que interponga la acción de divorcio⁴¹.

De esta forma, se consagra la excepción del orden público en su efecto positivo; es decir, se sustituye la ley extranjera que es discriminatoria o contraria al orden público internacional español, por la aplicación de la ley española. Así, nos encontramos ante una «*cláusula especial de orden público*», que obliga al aplicador del Derecho a tener en consideración esta institución en una materia y circunstancias determinadas, ya que la excepción de orden público internacional presenta un carácter general, de forma que insta al juez a tenerla presente en estos supuestos en concreto⁴². No obstante, el establecimiento de este supuesto ha sido duramente criticado por algunos autores⁴³ al entender que si, como describe el Defensor del Pueblo en su recomendación, en nuestro sistema se aplican normas extranjeras contrarias al orden público, tal vez la atención del legislador se debería de centrar en el mecanismo del artículo 12.3 del Código Civil⁴⁴ y no abordar de forma individualizada cada uno de los ámbitos en los que esta excepción no es observada. A

⁴¹ Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de junio de 2004. Anteriormente, la sentencia de la AP de Madrid de 22 de junio de 2001 (sección 22) (*Aranzadi Westlaw.es* 2001AC/2001/1539), al entender que dado que la normativa marroquí no contempla, al contrario que la española, la separación judicial, «... *podría plantear un problema atinente a la posible exclusión de la legislación de origen de los litigantes, para aplicar la ley española, por entender que aquella fuera contraria al orden público de conformidad con lo prevenido en el art. 12.3 del Código civil. Sin embargo, no puede llegarse a tan excepcional criterio de exclusión, dado que la legislación del reino de Marruecos contempla específicamente soluciones a la crisis matrimonial que no cabe, en modo alguno, calificar de anómalas, en cuanto contrarias al orden público, ya sea interno español, ya el internacional, pues se encauzan aquellas, bien a través del repudio, bien del divorcio judicial, que producen la disolución del vínculo conyugal...*».

⁴² *Vid.* sobre este tipo de cláusula y su función, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Ob. Cit., p. 55.

⁴³ JUÁREZ PÉREZ, P., «Hacia un derecho internacional privado intercultural», Ob. Cit., pp. 341-342. En el mismo sentido DIAGO DIAGO, M. P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales...», Ob. Cit., p. 288, quien indica que la referencia al orden público debería ser suprimida porque no aporta nada nuevo y, sin embargo, introduce una gran dosis de inseguridad.

⁴⁴ Este precepto consagra la excepción de orden público internacional indicando al efecto lo siguiente: «*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*».

mayor abundamiento, lo que verdaderamente resulta preocupante es que los jueces españoles muestren dudas respecto de los derechos fundamentales de la mujer. Si ello es así y nuestros juzgadores no conocen el contenido del orden público internacional en materia matrimonial, lo más lógico sería acudir al Tribunal Constitucional para que éste proceda a su delimitación.

A nuestro juicio, la previsión de la aplicación de la ley española que se establece en este inciso resulta a todas luces innecesaria, ya que si la ley extranjera produce efectos discriminatorios en cuanto a la regulación de la separación judicial o el divorcio nunca será de aplicación por nuestros tribunales a tenor del juego del artículo 12.3 del Código civil, que impide la aplicación de una norma extranjera que sea contraria al orden público internacional español, en cuyo defecto se aplicará la ley material española. A mayor abundamiento, esta regulación resulta del todo absurda, ya que podría deducirse que se aplicará la ley española, a tenor de este último inciso del párrafo 2.º del artículo 107.2 del Código civil, si la ley extranjera es contraria al orden público internacional español en materia de separación y divorcio si alguno de los cónyuges es español o reside habitualmente en España, y en todos los demás casos la ley extranjera contraria al orden público internacional español será rechazada por el juego del art. 12.3 del Código civil, lo cual es ilógico desde todo punto de vista.

IV. BASES PARA UNA REFORMA DEL ARTÍCULO 107.2 DEL CÓDIGO CIVIL

A mi juicio, la reforma del artículo 107 del C.c. se ha basado en ciertas tendencias del Derecho internacional privado comparado, las cuales conducen a la aplicación de la *lex fori* cuando el Derecho extranjero aplicable según la norma de conflicto no reconoce el divorcio y la separación o lo hacen de una forma discriminatoria. Así, la Ley Suiza de Derecho internacional privado de 1987 establece lo siguiente: «*Mientras el Derecho nacional extranjero común no permita la disolución del matrimonio o lo someta a condiciones extraordinariamente severas, el Derecho suizo es aplicable si uno de los esposos es igualmente suizo o si uno de ellos reside desde hace dos años en Suiza*». En Francia existe una propuesta presentada ante la Asamblea Nacional para completar el artículo 310 del C.c., que establece que se aplicará la ley francesa «... cuando la ley extranjera competente reserve la iniciativa del divorcio o la separación al cónyuge de sexo masculino o de manera general comporte disposiciones contrarias a la igualdad de los derechos entre los esposos y en sus relaciones con respecto de los hijos en la disolución del matrimonio»⁴⁵.

⁴⁵ Esta propuesta no ha prosperado. *Vid.* comentario por LESCSTREYRES, M-H., «Le divorce en Droit international privé français (article 310 de Code civil)», AA.VV, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Dir. por A. L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ, Madrid, 2004, pp. 531-546.

Todas estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que hubiera sido suficiente para evitar las discriminaciones sufridas por la mujer que el precepto en su reforma hubiera consagrado la autonomía de la voluntad tal y como había indicado el Defensor del Pueblo en su recomendación; eso sí, la norma tendría que haber dejado claro que la elección entre la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual tendría que efectuarse necesariamente por la parte demandante, que en la mayoría de los casos será la mujer, para evitar imposiciones del hombre, parte más fuerte en este tipo de relaciones; si la elección la realizara el hombre y la ley elegida por él fuera discriminatoria en relación con la mujer, bastaría su inaplicación por los tribunales españoles al ser contraria al orden público internacional español. En definitiva:

Ésta había sido la reforma anteriormente reivindicada por la doctrina⁴⁶, y era además una de las orientaciones mantenidas por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, que se dirige a ofrecer una opción limitada de leyes a las partes y, en defecto de elección, una norma de conflicto con conexiones en cascada⁴⁷. Ésta constituye también una tendencia de la regulación de la separación y el divorcio en Derecho internacional privado comparado. Así, en la reforma legislativa llevada a cabo en los Países Bajos en 1981, se introdujo la posibilidad de optar por la aplicación de la ley holandesa con independencia de la nacionalidad de las partes y del lugar de la residencia habitual⁴⁸. En este mismo sentido, el Código belga de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004 establece en su artículo 55 la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a los divorcios de mutuo acuerdo.

Entendemos que, de una forma implícita, ésta ha sido la solución en nuestro Derecho hasta la reforma operada en el artículo 107.2 del Código civil por la Ley de 2003. Así, la autonomía de la voluntad entre la elección de la ley nacional común de los esposos (primera conexión con efecto bloqueante) y la ley de la residencia habitual común, cuando ambos residían en España, regía la separación judicial y el divorcio como consecuencia de la interpretación que los tribunales españoles realizaban del anterior artículo 107.2 del Código civil, en relación con la no alegación y prueba por las par-

⁴⁶ ABARCA JUNCO, P., «La regulación de la sociedad multicultural», en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, coordinado por A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL, Madrid, 2000, p. 169. BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Crisis matrimoniales», Ob. cit., pp. 121 y ss.

⁴⁷ Vid. resumen de la última reunión de este grupo realizada por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. BORRÁS RODRÍGUEZ, en *Revista Española de Derecho internacional*, 2002/2, pp. 1066 a 1068, esp. p. 1068. Los trabajos de este Grupo también se pueden consultar en <<http://www.drt.ucl.ac.bc/gedip>>.

⁴⁸ ENTZINGER, H., «L'immigrationaux Pays-Bas du pluriculturalisme à l'integration», en *Racisme et modernité*, M. Wiewiorka, París, 1993, pp. 400-415.

tes del Derecho extranjero aplicable a la separación judicial y al divorcio. En efecto, constituye una regla en nuestro Ordenamiento jurídico que el derecho extranjero aplicable al fondo de una relación jurídica internacional ha de ser alegado y probado por las partes⁴⁹. Si, como consecuencia de la aplicación de la primera conexión del artículo 107.2 del Código civil, la separación judicial o el divorcio se regían por una ley extranjera, como ley nacional común del matrimonio y esta norma foránea no era alegada y probada por las partes, nuestros tribunales, lejos de arbitrar un *non liquet*, lo cual supondría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, aplicaban la ley material española, ley de la última residencia habitual común del matrimonio; es decir, por vías distintas se llegaba a la misma solución, si bien ésta tenía lugar siempre y cuando ninguna de las partes probara y alegara el Derecho extranjero aplicable, con lo cual, en la mayoría de los supuestos, el Derecho español se aplicaba a la separación judicial y al divorcio por mutuo acuerdo de las partes.

Esta posibilidad de dejar a las partes la elección del Derecho aplicable cuando el Derecho extranjero que, según la norma de conflicto española es de aplicación, ha sido puesta de manifiesto por nuestros tribunales. En concreto, la sentencia de la AP de Barcelona de 30 de abril de 2002⁵⁰ indica esto: *«La separación debería regirse por la ley marroquí (ley nacional común de los cónyuges), la cual, sin embargo, no ha sido alegada ni probada por ninguna de las partes. Ante tales circunstancias es doctrina reiterada del TS que si no se alega ni aprueba el derecho extranjero deberá juzgarse y fallarse según la ley material española... como lex fori. A pesar de que por esta vía se pueda incurrir en el riesgo de dejar a la elección de las partes la cuestión del derecho aplicable (puede no interesarles alegar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto, prefiriendo, en cambio, la lex fori), según el Tribunal Constitucional, la doctrina jurisprudencial de que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al derecho español es más respetuosa con el artículo 24.1 de la Constitución española... que la solución de tener por decaída la demanda, dado que el derecho español con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en derecho que el precepto constitucional citado exige...»*.

⁴⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* con carácter general, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, 9.ª ed., Granada, 2008, pp. 307-338. y bibliografía allí citada., pp. 307-308.

⁵⁰ *Aranzadi Westlaw JUR/2002/185582*. En igual sentido Sentencia de la AP de Almería de 28 de junio de 2004, *Aranzadi Westlaw AC/2004/1440* y las sentencias citadas por ambas dirigidas en la misma dirección.

La crítica a esta situación desde la vertiente del «*Derecho internacional privado social de la inmigración*»⁵¹ radica fundamentalmente en que con ella se deja en manos de las partes la aplicación de uno u otro Derecho, lo cual puede originar que se produzcan situaciones claudicantes; es decir, válidas desde el punto de vista de nuestro Ordenamiento jurídico, pero sin efectividad desde la óptica del Ordenamiento de origen del extranjero, lo que se opondría al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución⁵². No cabe duda de la existencia de esta posibilidad; sin embargo, no hemos de perder de vista que, con esta actitud, los litigantes se están manifestando de una forma tácita hacia la resolución de su conflicto a tenor de un determinado Derecho y que conocen las consecuencias de la inaplicación de su Derecho de origen.

El empleo por las partes de este mecanismo nos pone de manifiesto las carencias que la actual norma de conflicto conlleva, en cuanto a posibilitar una respuesta adecuada a las situaciones de las personas cuyas vidas transcurren entre dos Ordenamientos jurídicos: el de acogida y el de origen⁵³. La no alegación y prueba del Derecho extranjero aplicable a la separación y al divorcio, según la norma de conflicto española, se nos muestra bastante significativa, no sólo actualmente, sino desde hace ya bastante tiempo. De esta forma entendemos con G. Esteban de la Rosa que la norma de conflicto es funcional al «*método de reconocimiento*», en el sentido de que «*reclama a través de su punto de conexión el ordenamiento aplicable, pero no hace una mera o estricta remisión localizadora, sino que halla el sistema jurídico que se encuentra más estrechamente vinculado con la situación, de tal forma que*

⁵¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G., «El nuevo Derecho internacional privado de la inmigración», *REDI*, 2007, num.1, p. 103 y ss. Id., «La multiculturalidad (de inmigración) relevante para el sistema español de Derecho internacional privado», *Rev. Jurídica de la Univ. De Santiago de Compostela*, 2007, Vol. 16, num. 2, pp. 5-26.

⁵² Para evitar esta situación, la sentencia de la AP de Barcelona de 8 de junio de 2006 (*Aranzadi Westlaw JUR 2007/19193*), aplica de oficio en un proceso de divorcio el Derecho marroquí, la ser la ley nacional común de los esposos, sin que las partes alegaran y probaran dicho derecho. La AP entiende que son de aplicación los artículos 98 y ss. del Código de Familia Marroquí de 2004, interpretándolos según su criterio, sin exigir el informe de dos juristas extranjeros, tal y como dispone nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual desde nuestra óptica se opone frontalmente a la línea seguida por nuestro Ordenamiento y es criticable desde todo punto, en tanto en cuanto la interpretación que del precepto extranjero puedan hacer nuestros tribunales es posible que no sea la correcta de acuerdo con el ordenamiento jurídico al cual pertenece la norma extranjera. En contra de esta interpretación, ESTEBAN DE LA ROSA, G., OUALD, A y SAGHIR, S., en comentario a esta sentencia en *REDI*, 2007, num. 1, pp.304-308.

⁵³ SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia», *Anuario Hispano-Luso-americano de Derecho internacional*, 2005, pp. 101 y ss.

se promueva que la decisión sea reconocida en dicho Estado con el que la persona se encuentra vinculada de forma mas estrecha»⁵⁴.

Ésta es la orientación que actualmente se sigue en el *Libro Verde* presentado por la Comisión Europea sobre la ley aplicable a la competencia en asuntos de divorcio⁵⁵, de manera que el Estado español se ha pronunciado a favor de que las partes, cuando el divorcio sea por mutuo acuerdo, puedan ejercitar la autonomía de la voluntad, no sólo eligiendo entre la ley de su nacionalidad o residencia habitual común, sino extendiéndola a otras leyes, como la nacionalidad o la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. En defecto de elección regiría la ley con la que el matrimonio haya estado más estrechamente vinculado, presumiéndose que ésta es la ley de la última residencia habitual común del matrimonio.

CONCLUSIONES

Con la reforma del artículo 107 del Código civil se posibilita que las mujeres de religión musulmana se puedan divorciar o separar de acuerdo con la ley española; sin embargo, las críticas a esta modificación se centran también en la previsible existencia de resoluciones claudicantes desde el momento en que esta resolución dictada por los tribunales españoles no va a gozar de reconocimiento ni eficacia en el país de origen de la mujer, ya que, según la normativa de los Estados musulmanes, el estatuto personal se rige por la ley nacional de la persona, que es irrenunciable, y se considera que el no acatamiento de esta ley supone como una especie de apostasía, lo que desemboca en la negación de la personalidad jurídica del individuo, o lo que es lo mismo, en una especie de muerte civil. La nacionalidad en los países del Magreb y en buena parte de los países del África subsahariana no se pierde nunca y sus ciudadanos han de actuar conforme a ésta⁵⁶. De esta forma nos vamos a encontrar con situaciones en las que una mujer musulmana va a

⁵⁴ G. ESTEBAN DE LA ROSA, «La multiculturalidad (de inmigración) relevante...», Ob. Cit. p. 21.

⁵⁵ Vid., <http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/>.

⁵⁶ El art 2 del *Código de Familia Marroquí* promulgado por la Ley n.º 7003 de 3 de febrero de 2004 (*Boletín Oficial* n.º 5184 de 5 de febrero de 2004) y que derogó al Código de 1958, modificado en 1993, establece que será de aplicación a: 1.º) Todos los marroquíes, aunque tengan otra nacionalidad, 2.º) Los refugiados, 3.º) Las parejas en las que una de las partes sea marroquí y 4.º) Las parejas de marroquíes en las que uno de ellos sea musulmán.

Sobre este tema, *vid.* con carácter general, DIAGO DIAGO, M. P., «La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado», *REDI*, 2004, num. 2, pp. 1078-1083. FOBLETS, M. C. y LOUKILI, M., «Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille. Quelles implications pour les Marocains en Europe?», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2006, pp. 521 y ss.

estar divorciada desde la óptica de nuestro sistema jurídico, pero va a permanecer casada desde el punto de vista del Estado de su nacionalidad⁵⁷. No podemos negar la serie de inconvenientes que esta situación va a conllevar, pero, sin embargo, tenemos que argumentar en su favor que cuando una mujer musulmana decide divorciarse según la ley española y recurrir ante nuestros tribunales es porque implícitamente está dispuesta a asumir este riesgo y, porque entre otras cosas, desea que su marido cumpla con las obligaciones que el Ordenamiento jurídico español le impone como consecuencia del divorcio (pensión de alimentos, asignación de la vivienda, guarda y custodia de los hijos comunes, pensión compensatoria, etc.), aparte de la posibilidad que entraña el ser actora de una acción de separación o divorcio cuando la convivencia se hace insostenible como consecuencia del trato de primacía del que goza el hombre, malos tratos, sevicias, etc. La mujer musulmana que decide divorciarse de acuerdo con la ley española, por lo general, no tiene un proyecto de regreso a su país de origen, muy al contrario, en la mayoría de los casos su intención es permanecer en España y reanudar aquí su vida; por lo tanto, poco le importa que este divorcio no se reconozca en su país de origen. Por otro lado, si la mujer cuenta con una sentencia de divorcio va a poder gozar de las ayudas y subvenciones que, tanto el Estado Central, como las Comunidades Autónomas, tienen previstas para esta serie de situaciones, como prioridad en el acceso a puestos de trabajo, ayudas por hijos para guarderías, estudios, libros, viviendas de alquiler de protección oficial, etc.

Queda claro, por lo tanto, que la comparecencia ante un tribunal español en demanda de una separación judicial o un divorcio, supone la asunción de la justicia material administrada por dicho órgano y no la emanada del órgano del Estado de procedencia del extranjero, de manera que las consecuencias del pronunciamiento del órgano jurisdiccional español son asumidas desde un principio por el demandante.

Asimismo, no debemos perder de vista la necesaria reforma que debe realizarse del artículo 107.2 del Código civil, en relación con la consagración, en primer lugar, de la autonomía de la voluntad, dejando en manos de las partes el derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio cuando éstos se promuevan de mutuo acuerdo y, en segundo lugar, estableciendo

⁵⁷ Así, el artículo 114 del Código de Familia Marroquí establece lo que sigue: «*Los cónyuges podrán ponerse de acuerdo sobre el comienzo del final de la relación conyugal sin ninguna condición o con condiciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este código*»; y el artículo 128.2 señala esto: «*Las sentencias emitidas por los tribunales extranjeros sobre el repudio, el divorcio, el repudio por compensación o la anulación, serán susceptibles de ejecución si fueron emitidas por un tribunal competente o se basaron en causas que no fuesen incompatibles con lo que establece este código para la finalización de la relación conyugal...*».

conexiones que no obedezcan a una estricta remisión localizadora, sino que permitan que la decisión ofrecida por nuestros tribunales sea reconocida por el Estado con el que la persona se encuentra más estrechamente vinculada.

LECTIO BREVIS

El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones*

Ricardo de Ángel Yágüez

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto

Recibido: 10.11.08

Aceptado: 14.11.08

Resumen: El autor, en este trabajo a modo de ensayo, pretende contemplar el Derecho desde la perspectiva de su principal «protagonista», es decir, el jurista. En concreto, lo hace a la luz de los tres elementos que envuelven su quehacer. De un lado, los hechos, esto es, la «historia» que rodea a todo problema jurídico, tanto en la práctica del Derecho como en la *profesión* académica del mismo. En segundo término, los conceptos, palabra con la que el autor ha querido resumir lo que habitualmente conocemos como la dogmática jurídica, esto es, la reflexión científica con la que el jurista «opera» para llegar a un desenlace. Y en tercer lugar, el desenlace mismo, que el autor denomina «soluciones». Se trata de un análisis que toma como puntos de mira la *existencia* y la *experiencia* que el jurista –todo jurista– vive. De ahí la alusión a las *inquietudes* que pueblan el *mundo* de quien desarrolla cualquier actividad profesional en Derecho.

Palabras clave: El Derecho: su teoría y su práctica. El jurista y su «mundo». Hechos y conceptos en el estudio y en la aplicación del Derecho. La *solución* de los problemas jurídicos.

Abstract: *The author in this essay aims to examine the Law from the point of view of its «main character», i.e., the jurist. In doing so, he takes into account the three main elements related to the jurist's work. Firstly, the facts, i.e., the story behind every legal problem, in the legal practice as well as in the academic profession. Secondly, the concepts, as the word by which the author wants to summarize what we usually know as the legal dogmatic, i.e., the scientific thoughts that the jurist uses in order to get to a final solution. And finally, the outcome itself, that the author calls «solutions». The present is an analysis that uses as targets the existence and the experience that the jurist –every jurist– does experience. That is why there is a mention to the worries that are common to everyone who develops any legal professional activity.*

Key words: *The Law: its theory and practice. The jurist and his «world». Facts and concepts relating to the study and application of the Law. The solution to the legal problems.*

* Este texto es la versión completa de la *lectio brevis* desarrollada por el autor en el acto de su investidura, el 21 de octubre de 2008, como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires. El propio autor ha decidido mantener la salutación con la que comienza el trabajo, a pesar de que el texto leído en aquel acto fue, naturalmente, más reducido que el que ahora se publica.

Sumario: I. A modo de introducción.—II. Hechos.—III. Conceptos.—IV. Soluciones

Excelentísimo Señor Rector, Doctor Hallú,
Ilustrísimo Señor Decano de la Facultad de Derecho, Doctor Alterini,
muy respetables autoridades académicas,
distinguidos Profesores, queridos colegas,
señoras y señores

1. En la tradición académica, suele denominarse *lectio brevis* a las palabras del designado Doctor *honoris causa*. Y *lectio*, antes de su acepción común en español (*lección*), tuvo la de *lectura* o *acción de leer*. Por eso, se me permitirá que, en efecto, lea el texto que he preparado para este acto. Ojalá su resultado se corresponda con el esmero que he puesto en su redacción.

Debo confesarles que el *género* de la lectura de lo escrito por mí no me produce particular entusiasmo, aunque forma parte del «ritual» universitario, para casos como el presente, en muchos países; sobre todo, europeos. Me gusta más la viveza del *discurso sin papeles*, siempre que no se caiga en el vicio de la improvisación ni se inspire en el auditorio ninguna sensación de desconsideración o falta de rigor en lo que se dice.

Pero me someto gustoso a la disciplina, casi ascesis, de leer.

Como no podía menos de ser, le he dado muchas vueltas a la cabeza sobre lo que yo podía decir en un acto tan significativo en mi vida como es el presente.

Primero, por el motivo: la recepción de una distinción que me abruma, porque supera todas las expectativas que yo habría podido albergar en mi dilatada y afanosa, sí, pero en realidad modesta dedicación al Derecho; en la cátedra, en lo que he escrito y en la defensa de intereses ajenos como abogado.

En segundo término, por el lugar: una Universidad, la de Buenos Aires, que tantos maestros ha tenido y tiene (y seguro que seguirá teniendo) en todos los saberes. Los de la Facultad de Derecho, en concreto, han sido y son espejo en el que mirarse juristas de todas las latitudes. No puedo silenciar que en ella encontraron refugio académico tantos profesores españoles después de nuestra terrible guerra civil.

Y había un tercer motivo para mis cavilaciones sobre qué decir hoy aquí. Ciertamente, el más comprometedor. Me refiero al auditorio, nutrido de ilustres juristas que me honran con su presencia, en patente y emotivo signo de amistad.

Pero estas fundadas inquietudes pasan a segundo plano ante otro sentimiento que tengo y que expreso en palabras breves pero muy de corazón. Es el agradecimiento a los órganos de gobierno de la Universidad, y de su

Facultad de Derecho, por haberme otorgado el honor de ser Doctor *honoris causa* por esta Universidad de Buenos Aires. Muchísimas gracias por su generosidad.

Muy particular gratitud al Profesor Alberto Bueres, por su afectuosa *laudatio*. Le es aplicable lo de «*abundantia cordis*», que en este caso no sería abundancia sino exceso. Y no menor por haber sido quien, con su propuesta, impulsada luego por el Decano Profesor Alterini, dio lugar a la honrosísima designación.

2. Y se me permitirá otra concesión al sentimiento, al aprovechar esta ocasión para subrayar mi larga y profunda relación con Argentina y con sus gentes. Este viaje es mi decimocuarto a su bello país. Los anteriores, menos uno, fueron por razones académicas. Desde hace 25 años, para participar en un congreso en Salta.

Argentina me ha dado muchos y muy buenos amigos, sobre todo en sus Universidades. Y de forma muy especial, en la de Buenos Aires, en la que he tenido el honor de intervenir en Jornadas Nacionales, congresos y cursos. También se me concedió la distinción de participar en Jurados para el nombramiento de Profesores.

Muy singular emoción me produce el recuerdo del Profesor Roberto López Cabana, con quien tan gran amistad me unió y que tan pronto nos dejó.

I. A modo de introducción

3. Para intentar una digna salida del trance en que me encuentro, me he refugiado en el lenguaje.

El nombre de *lectio brevis* no encuentra problema en el adjetivo. Sin duda, obedece a una razón caritativa; para el que escucha, pero también para quien habla.

Más inquietante (esta vez para el que habla) es lo de *lectio*. Puede entenderse en el sentido hoy más natural: conocimiento que transmite el profesor a sus discípulos. Pero enseguida excluí esta interpretación. Ni siquiera se me ocurriría la «ilusión» de ser maestro *en nada* para ustedes, que tienen la amabilidad de escucharme.

Por eso, decidí escudarme en la originaria acepción latina de *lectio*, que no fue la de *lectura*, o la antes citada de «lección», sino la de «elección» o «recogida»¹.

¹ De *lego, legere*, «recoger», «reunir», «amontonar». El significado «leer» es tardío y figurado: SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001. De la misma forma, para *lego* y para *lectio*, en *Oxford Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

Porque, en efecto, descartado un discurso *dogmático* o *doctrinal*, he optado por que mi *lectio* no intente ser una «enseñanza», sino la *reunión* de un conjunto de reflexiones sobre extremos que forman parte de la existencia del jurista. En mi caso (pobre mérito, porque deriva simplemente del calendario), algo que he podido percibir en más de dos tercios de mi vida.

Quiero decir que no se va a tratar de una exposición sobre un concepto, una institución, un problema, sino de un discurso «existencial»; o, si se quiere, «experiencial», aunque no en el sentido que se da a esta palabra en Psicología.

De ahí el título de estas palabras: *el mundo del jurista*.

Pero lo que digo no se refiere a mí, desde luego, ni a mis conocimientos o a mis ignorancias, ni a mis posibles aciertos o a mis seguros desaciertos. Quiero aludir a lo que cualquier jurista conoce y palpa cada día, precisamente porque es «su mundo».

Al hablar del «mundo del jurista», me refiero a *todo jurista*. Los paradigmas son, ciertamente, el juez, el abogado y el profesor (que vive el Derecho justamente porque lo *profesa*), pero lo que digo es aplicable por igual a cualesquiera profesiones jurídicas. Entre ellas, cada día más importante, la del funcionario jurista, de quien depende muchas veces que una determinada situación se convierta o no en conflicto; y de quien depende, ciertamente, que la Administración actúe ajustada a Derecho².

De acuerdo con lo que antes he dicho sobre lo que *puede ser* una *lectio brevis*, he decidido dividir mis consideraciones en tres aspectos: hechos, conceptos y soluciones. Estos tres «ingredientes» conforman, a mi juicio, el *mundo del jurista*.

II. Hechos

4. Me parece sugerente, para este apartado y para el que sigue, un conocido texto romano (de Ulpiano) que todos aprendimos nada más entrar en la Facultad. Aquel que decía: «*Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*»³. Subrayo el orden de los dos inci-

² En el caso de España, tendrían que ser objeto de particular mención los notarios y los registradores de la propiedad, que desempeñan muy relevante función en la llamada *seguridad jurídica preventiva*. En relación con el funcionario jurista, es interesante recordar una especie de «sospecha» que se arrastra legislativamente. No está de más señalar que el artículo 103.1 de la Constitución Española considera necesario recordar el deber de pleno sometimiento a la ley y al Derecho que incumbe a las Administraciones Públicas, repitiendo para ellas la cláusula general del artículo 9.1 de la misma Ley Fundamental.

³ *Digesto*, 1, 1, 10, 2. Parece que la frase tiene su origen en Cicerón, *De officiis*, I, 43, 153, pasaje en el que el brillante orador, que no jurista, dijo: «*Mas esta sabiduría, que he dicho ser la primera y principal, es la ciencia de las cosas divinas y humanas, en la cual se contiene toda la relación de los hombres con los dioses, y la sociedad entre sí mismos*» (traducción al español bajo el título *Los oficios de Cicerón*, Sociedad Española de Librería, Madrid, 1928, tomo I, p. 129).

sos del predicado, que probablemente no fue casual: primero las *cosas*, después la *ciencia*.

No sería incorrecto traducirlo diciendo: «conocimiento de todo lo divino y lo humano, y ciencia de lo justo y de lo injusto»⁴. No obstante, se me permitirá un apunte filológico, con cuidado de no caer en intrusismos, para tratar de desentrañar lo que aquel pasaje *pudo* querer decir. Creo que no es inoportuno hacerlo, porque recurrir a acepciones tardías en textos clásicos puede llevar a que se pierdan matices de la admirable lengua latina. Lengua que, como ustedes ven (mejor dicho, oyen), pronuncio en la forma que aprendí en el excelente Bachillerato español de mis tiempos, hoy lamentablemente desterrado por aprendices de brujo de la Pedagogía⁵. Es decir, no uso la fonética *germánica* del latín, y tampoco la *vaticana*.

5. Hace ahora 31 años, oí la lección inaugural pronunciada en la Universidad de Deusto por un sabio jesuita, físico y eminente filósofo de la ciencia, el Profesor Jaime Echarrí⁶. Dijo algo que me llamó la atención y que siempre he recordado⁷.

Puso de relieve cómo los átomos no pudieron ser vistos, ni tocados, ni oídos, por Leucipo ni por Demócrito. Eran cosas «no de este mundo», es decir, del mundo de los sentidos; eran cosas del «mundo del físico». Aquellas «partículas» comenzaron a crecer en número de forma sorprendente. Primero el protón, el electrón, el neutrón y el fotón. A partir de comienzos del siglo XX, la lista de «partículas» siguió aumentando de manera espectacular⁸.

Quiero, con todo esto, destacar que también en el Derecho hay cosas «de este mundo» y otras que no lo son.

Me refiero ahora a las primeras, que son las que vemos, oímos y tocamos. En suma, las que «vivimos»⁹.

⁴ En *El Digesto de Justiniano*, de A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, Aranzadi, Pamplona, 1968, tomo I, p. 46, se traduce: «*La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto*».

⁵ Algunos congéneres, muchos de ellos indocumentados y ágrafos, parecen hoy empeñados en arruinar el plan de estudios de nuestra Licenciatura en Derecho. En la que, por cierto (¿casualidad?), formaron sus mentes tantos eminentes juristas como España ha tenido y tiene.

⁶ ECHARRI GOICOECHEA, Jaime, *El mundo del físico*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1977, 33 páginas.

⁷ Como se ve, me inspiro en su imaginativo título; pero, también es evidente, en nada más.

⁸ Cuando el Profesor Echarrí hablaba, esas partículas, incluidas las «resonancias», eran más de 100, y algunos las elevaban a más de 200. Pero ninguna de ellas era «de este mundo», esto es, del mundo de los sentidos.

⁹ Sobre esto escribió páginas de valor permanente DíEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, citado sobre su 3ª ed., 1993. Principalmente, capítulo XI, «Aplicación del Derecho», pp. 221 ss.

La primera, la que, además de *vivir*, «sentimos» (con el significado de «experimentar una impresión»), es el *conflicto*.

El conflicto es algo inherente a la convivencia¹⁰. Y, desde nuestro punto de vista como juristas, es una de las razones de ser del Derecho. Hace muchos años que escribí sobre él (el Derecho) como instrumento para poner un final razonable a las controversias.

Se me permitirá un toque de exageración cuando digo algo que he pensado alguna vez, aunque intentando pronto deshacerme de la idea: que no es tanto cuestión de que la sociedad tenga o no jueces dotados de un gran saber jurídico, sino de que los ciudadanos sepan que sus conflictos van a tener «una solución» (*la que sea*), decretada por un juez verdaderamente neutral e independiente.

Y no hace mucho, el maestro Luis Díez-Picazo dijo, a mi juicio con finura y realismo, que el Derecho no es para hacer a los hombres mejores o más felices, sino para pacificar la convivencia y hacerla más llevadera¹¹. Todos entendemos lo que Díez-Picazo quería decir cuando hablaba de «hacer mejor o más feliz» a la persona. Porque, en efecto, sería mucho pretender que el Derecho dispensase «felicidad» en sentido estricto. No obstante, me parece que no es infundado decir, y así lo hago, que del Derecho (como orden jurídico) deriva, para cada uno de nosotros, la *tranquilidad* o la *confianza* de esperar que nuestra existencia no se vea sujeta, *normalmente*, a sobresaltos no esperables, ni al capricho o al poder de otro. Saber que el préstamo que concertamos está sujeto a unas reglas de considerable precisión, o que el conductor de un vehículo se detendrá en el *stop* de una calzada que confluye con aquella por la que uno está circulando, sí otorgan al individuo una cierta dosis de *felicidad*, siquiera en el sentido más amplio de la palabra.

Por otro lado, la afirmación del Profesor Díez-Picazo quizá esté un tanto escorada hacia el que llamaríamos Derecho patrimonial, puesto que en el terreno del Derecho de la persona parece claro que sí es admisible hablar de una *felicidad* como objetivo o producto del Derecho. No debe olvidarse, sin ir más lejos, que la desaparición de la esclavitud o la consagración de la no desigualdad por razón de sexo o de raza, por ejemplo, fueron obra del Derecho, entendido como la ley, sin que deban desorientarnos los presupuestos políticos, ideológicos o sociales que condujeron a ambas conquistas.

6. El *conflicto* entraña en ocasiones hechos físicos (una lluvia intensísima en lugar habitualmente árido –problema de seguros–, la colisión de dos automóviles –responsabilidad–, o incluso el mero paso del tiempo –ser o no

¹⁰ Podría considerarse, incluso, que es una condición positiva de la prosperidad y del crecimiento de la sociedad pluralista. Una sociedad absolutamente *desconflictivizada* llevaría a lo que Galbraith denominó un *estado de paz indeseable del todo*.

¹¹ En una breve pero jugosa entrevista en la revista *Abogacía Española*, número 30, julio-setiembre 2004, pp. 46-49.

ser mayor de edad, hábil para contratar válidamente–). Otras veces se trata de conductas (ingratitude que justifica la desheredación, comportamiento del trabajador merecedor del despido, actos del Gobierno que motivan una moción de censura). En otros casos, son propósitos exteriorizados, sin necesidad de consumación (el delito frustrado, la objeción de conciencia)¹².

Todo esto, parafraseando al Profesor Echarri, son cosas «de este mundo».

Y si convenimos –será muy difícil no hacerlo– en que los conflictos, en plural, son los *hechos* que principalmente justifican la existencia del Derecho y de los juristas, no parece posible hablar del «mundo» de estos últimos si no es poniendo de relieve una circunstancia harto conocida por todos nosotros.

Me refiero al formidable volumen de controversias jurídicas, característica de nuestros días. Lo que a veces llamamos *enorme litigiosidad*, o también conocemos como extraordinaria «judicialización» de la vida social.

Un dato elocuente es el notable incremento de los órganos judiciales, de todo orden y grado, que sobrepasa con creces –al menos en España– la pura tasa de crecimiento demográfico. Diríase que hay *demasiados pleitos*.

No es momento ni lugar para someter a análisis este fenómeno, pero parece claro que contribuyen a él varios factores. De un lado, el desarrollo cultural de la población y la progresiva democratización de nuestras sociedades, determinantes, a mi juicio, de un aumento considerable del sentido, en cada ciudadano, del «*tengo derecho a*». También contribuye al fenómeno, según creo, el hecho –que ha sido objeto de estudio en el terreno de la Psicología social– de que hoy la persona no se resigna tanto como en el pasado a soportar sus quebrantos como si fueran cosas de la providencia. Más aún, y así lo he escrito en algún otro lugar, parece como si, en los tiempos que corren, todos sintiéramos la tentación de creer que «*otro*» es el culpable de todos nuestros males; o, simplemente, de todas nuestras contrariedades¹³. Y acaso pudiera sostenerse que –como paradoja–, también el aumento del nivel de vida contribuye a una mayor conflictividad.

¹² La noción de *hecho* adquiere hoy dimensiones que la convierten en un concepto jurídico indeterminado. Piénsese en los hechos del síquismo interior de la persona, a los que el jurista llega por obra de unos indicios que no facilitan una subsunción exacta en el tipo de la norma jurídica. El principio *pro reo*, no es tanto una expresión humanitaria del Derecho penal, cuanto la explícita confesión de la imposibilidad de conseguir una versión exacta y exhaustiva de los hechos relativos a la culpabilidad del sujeto. Por otro lado, los hechos han pasado, de ser el mero supuesto para la aplicación de las normas, a ostentar la cualidad de *realidades sociales*, a las que hay que estar para que el jurista practique una revisión de las normas jurídicas similar a la que, en otro terreno, autoriza el juego de la cláusula *rebus sic stantibus*.

¹³ Esto es particularmente perceptible, según entiendo, en el caso de los *daños*, esto es, en el de lo que hemos venido denominando responsabilidad civil o responsabilidad extracontractual.

Cabría preguntarse si el incremento de la litigiosidad tiene que ver, a modo de consecuencia, con el elevado número de abogados de ciertas sociedades. Es probable que sea así. En todo caso, el «fenómeno» al que me acabo de referir podría enlazarse fácilmente con una pregunta de la que aquí no me puedo ocupar. Aludo a la *eterna cuestión* sobre la «función» de los juristas, y en concreto de los abogados, en cualquier sociedad. Y de ahí no hay más que un paso a otra pregunta nada nueva: ¿somos demasiados los juristas? O a otra de todavía mayor calado: ¿en qué somos *útiles* al mundo que nos rodea?

Lo cierto es que la multiplicación de los conflictos judiciales está conduciendo a la búsqueda de *alternativas* al pleito, introduciendo así un factor *nuevo* en la vida del jurista¹⁴.

7. Vuelvo a la definición de Ulpiano que he adoptado como punto de partida.

Me parece que sería un anacronismo creer que, cuando el texto en cuestión utilizó la palabra *scientia* para referirse a «lo justo y lo injusto», lo hiciera dando al vocablo el significado en el que hoy lo entendemos. Desde Kant¹⁵ y Fichte entre los filósofos, y desde la Pandectística (principalmente, sobre la base de Savigny, Ihering, Gierke y Windscheid) entre los juristas. Es decir, el sentido de cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye una rama particular del saber humano; o el de conjunto de conocimientos obtenidos mediante el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales¹⁶.

¹⁴ Está por ver qué resultados producirán la conciliación y la mediación. Por ejemplo, en los ámbitos que parecen más propicios: los conflictos familiares y los laborales.

¹⁵ Es el Kant para el que la palabra «Derecho» tenía un doble significado: uno *general* y otro *estricto* o *puro* (antecedente de la denominación de «Derecho puro» de Kelsen). El primero tiene sentido *ético*, es captado por la conciencia subjetiva y no es determinable objetivamente de modo científico; pero el segundo es el propiamente jurídico, según Kant lo entendió. Puede encontrarse un desarrollo de esto (aunque sea un extremo opinable) en VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, en *Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, pp. 67 ss. La lectura directa puede hacerse en KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar y notas de CORTINA ORTS, Adela, y CONILL SANCHO, Jesús, Tecnos, Madrid, 1989. Sobre todo, en la Primera Parte, «Introducción a la doctrina del Derecho».

¹⁶ No obstante, el carácter de ciencia, aplicado al saber jurídico, se atribuye a veces al pensamiento de juristas anteriores a la Pandectística. El apelativo de «ciencia» derivaba, sin duda, del entronque entre el Derecho y la Filosofía moral (de acuerdo con la terminología de los protestantes), o la que los católicos, sobre todo los españoles, denominaban Teología moral. Así, SUMNER MAINE, Henry (*El Derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas*, traducción de A. Guerra, Madrid, 1893, reproducción en facsímil de Editorial Cívitas, Madrid, 1994, p. 94), no dudó en hablar de «la ciencia» de las dos «escuelas», al referirse a la brecha abierta poco después de la Reforma: la de los *casuistas*, católicos todos y monjes casi todos, y los escritores unidos por descender intelectualmente de Hugo Grocio.

Es más razonable pensar que *scientia* quería decir, entonces, «conocimiento» o «saber». Se trataría del conocimiento de las normas de Derecho y de las opiniones de los juristas. *Sciens* sería «el que sabe», el «experto», no lo que hoy llamaríamos un «científico»¹⁷.

Pero es a la primera parte del texto a la que ahora quiero referirme, esto es, al «*divinarum atque humanarum rerum notitia*». Y es para poner de manifiesto que *notitia* significaba «conocimiento», pero no en el sentido de saber como un *resultado*, sino en el de *acción de conocer*; quiere decir, una *actitud*. O si se prefiere, una *disposición* (a «conocer»), fácilmente trasladable a la *necesidad* de hacerlo.

Porque *notitia*, a diferencia de la *scientia*, no concuerda con el verbo *cognoscere*¹⁸, ni parece que significó propiamente «conocimiento». Su origen está en el verbo latino *nosco*, infinitivo *noscere*, que quiere decir «*aprender a conocer*»¹⁹. Por eso, el *nosce te ipsum* no equivale a «conócete a ti mismo», como a veces se dice, sino «aprende a conocerte».

Conocer (en el sentido de «aprender a conocer») *todo lo divino y humano*, es una de las tareas más apasionantes del jurista. En su forma de hablar, el texto romano, según creo, quería decir algo que vivimos todos los días.

El jurista se ve permanentemente en la necesidad de conocer *algo* de otros saberes. ¿Cuántas veces se ve *obligado* a entender conceptos y técnicas de la Economía, de la Medicina, de la Física, de la Arquitectura; o incluso, pongamos por caso, de la Psicología, de la Sociología o de la Gramática?

¹⁷ D'ORS, Álvaro, en *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963, p. 20, escribió: «*El derecho, mejor, la prudencia del derecho, saber de los jurisconsultos, es ciencia y técnica de lo justo y de lo injusto. La ciencia se refiere a qué y la técnica al cómo, pero ambas se compenetran. La contraposición ciencia-arte, aplicada al derecho, puede resultar desorientadora. Juega ahí un equívoco semántico. Scientia y ars, en griego epísteme y téchne, no son antitéticos. El 'arte' o 'técnica' es el modo de aplicar y comunicar la ciencia; se debe a la cultura helenística el desarrollo de ese aspecto más práctico –de aplicación o enseñanza–; pero no se trata de una sustitución, pues si una ciencia sin técnica puede resultar excesivamente teórica y difícil de comunicar, una técnica sin ciencia es un absurdo. Lo que sí puede darse, y de hecho se ha dado en la historia, es una separación profesional entre teoría y práctica del derecho. Pero el derecho es necesariamente teoría y práctica a la vez, ciencia y arte*». Por otro lado, añadido yo, «*ciencia*» es una palabra que aparece en español ya avanzado el siglo XIII, según los diccionarios de autoridades, pero también con el significado de *conocimiento*, nada más. En *Introducción histórica al Derecho romano*, de CHURRUCA, Juan, y MENTXAKA, Rosa, 9ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, p. 102, se lee: «*A través de un largo proceso íntimamente relacionado con la evolución de la cultura en Roma, la profesión de jurista (iuris peritus, iuris prudens = conocedor práctico del derecho) se fue perfilando con unas características peculiares. Con ello fue formándose progresivamente una ciencia práctica del derecho. Para designar esa ciencia práctica los romanos utilizaron preferentemente el término iuris prudentia*».

¹⁸ Que, en efecto, significa *conocer* (por la inteligencia o por los sentidos).

¹⁹ En *Oxford Latin Dictionary*, cit., se dice de *nosco* que es, entre otras cosas, «conseguir saber», «familiarizarse uno» con algo. En su forma arcaica, *gnosco*.

En mi experiencia, pocos han sido los casos en los que esto no haya ocurrido. Entender el «misterio» de cómo se determina el valor de una empresa, o cuánto «vale» la vida de una persona, cuándo un vicio de construcción es fruto de un proyecto defectuoso y no de la acción de edificar, o saber cuáles son las causas posibles de un paro cardíaco, han sido cuestiones que he tenido que «entender». Por boca, naturalmente, de un economista, de un actuario, de un arquitecto o de un cardiólogo²⁰.

Creo que no me desmentirán los abogados que me escuchan, cuando afirmo que en los procesos judiciales, en concreto, el jurista (incluyo al juez) tiene que dedicar mucho más tiempo, y mucha más energía, a establecer los hechos («*lo que ocurrió*») que a la argumentación jurídica en defensa de una tesis. A mí me inspiran más admiración las sentencias muy cuidadosas en la descripción de los hechos que las «técnicamente» brillantes²¹.

Los hechos son ahora, casi siempre, acontecimientos en los que tienen mucho que decir las ciencias de la naturaleza. Están lejos las *realidades* constitutivas de los supuestos de hecho de nuestros códigos decimonónicos, sobre todo en materias de carácter patrimonial. En ellos, los *hechos* dimanaban de una rudimentaria agricultura, de una *industria* muy próxima a la artesanía y de una sociedad aislada, invertebrada y gobernada por el individualismo.

No deja de ser significativo que un concepto hoy muy común en Derecho, el de «estado de la ciencia» («*state-of-the-art*» en la terminología anglosajona), fuera acuñado por juristas²².

²⁰ En un reciente trabajo sobre los posibles efectos nocivos de los campos electromagnéticos derivados de antenas de telefonía móvil o de conducciones eléctricas (DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «De nuevo sobre la responsabilidad por inmisiones electromagnéticas: el ‘estado de la ciencia’ como solución jurídica», en el libro colectivo *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas Jurídicas del Sector Eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 349-410), tuve que introducirme en el altamente «misterioso» mundo de las radiaciones no ionizantes, de las «frecuencias», de las «potencias», de los teslas, de los miniteslas, de los microteslas y aun de los nanoteslas. Pero la cuestión no es lo que me sucedió, sino lo que inexcusablemente ocurrirá a todo aquel jurista que se ocupe de examinar cuándo y cómo esos campos electromagnéticos pueden ser una forma de «inmisión», como hasta ahora –y en ciertos casos desde algún texto romano clásico– hemos entendido que lo son (inmisiones) los humos, los ruidos, las vibraciones, los olores, o incluso la aparentemente inofensiva luminosidad en nuestras calles.

²¹ SENTÍS MELENDO, Santiago, escribió, a mi juicio con acierto, que «necesitamos jueces factistas más que juristas»: *La prueba*, EGEA, Buenos Aires, 1978, p. 281.

²² En la bibliografía en español al respecto, puede verse la monografía *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, de PRIETO MOLINERO, Ramiro José, Dykinson, Madrid, 2005, que recoge parte de la tesis doctoral del joven jurista argentino, tesis que tuve el honor de dirigir. El «estado de la ciencia», concepto muy próximo pero no idéntico al de «riesgos del desarrollo», fue citado por vez primera, según parece, en el caso *Day v. Barber-Colman Co.* (1953), que trató sobre los daños y perjuicios ocasionados a la actora al caérsele una puerta corrediza que estaba instalando.

No es que el *estado* de la Medicina, o de la Biología, por ejemplo, sean ignorados por médicos o biólogos, pues es frecuente, entre ellos y otros profesionales, que se aluda a la *literatura científica* existente cuando se pronuncian o actúan.

Lo que ocurre es que la expresión como tal («*estado de la ciencia*») se ha instalado con este nombre en el *mundo del Derecho*, para establecer, en ocasiones, causas de exoneración de responsabilidad. Así sucede en España, por ejemplo, en dos leyes de máxima importancia²³.

Pero es que, además, la misma noción de *estado de la ciencia* se utiliza cada día en el mundo del Derecho, cuando se trata de determinar, por un perito, bien sea «de parte», bien sea designado por el tribunal, si la actuación de un profesional demandado se ajustó o no a las reglas de lo que tradicionalmente hemos conocido como *lex artis*.

Y todo ello, naturalmente, teniendo en cuenta que el propio Derecho es un *ars*, entendida la palabra española «arte» como *habilidad para hacer algo*. Ya en el Digesto²⁴ se definió el *ius* como *ars boni et aequi*, «técnica de lo bueno y de lo justo»²⁵.

8. El «mundo» de los hechos, sin embargo, entraña una *servidumbre* para el Derecho; una circunstancia que a veces lo aleja sideralmente de la *justicia*, entendida esta palabra como «razón» o «solución ajustada». Es una *servidumbre* a la que es particularmente sensible quien confió en el éxito de su pretensión, precisamente, porque la consideraba *justa* (él sí conocía los hechos, aunque luego no pudiera probar alguno decisivo).

Me refiero, claro está, a la necesidad de probar los hechos. Es el «probar o sucumbir», que dice uno de los viejos apotegmas del Derecho procesal²⁶.

Un muy conocido aforismo jurídico («*da mihi factum, dabo tibi ius*») engarza idealmente la respuesta del juez (la aplicación del *ius*) con una premisa que sólo tiene valor como regla teórica o académica: la de que quien pide justicia ha probado *todo lo que aconteció*. De ahí el «*da mihi factum*».

Lo que no veo tan claro es la segunda parte del apotegma, esto es, el «*dabo tibi ius*», que, vinculado a otro aforismo tan frecuentemente invocado

²³ Se trata de la Ley que regula, entre otras cosas, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y de la Ley de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Esta última se encuentra, desde el año 2007, incluida en el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

²⁴ D. 1, 1, 1pr.

²⁵ Así lo traducen D'ORS *et al.*, en *El Digesto...*, cit. D'ORS, *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 10ª ed., 2006, p. 48, alude a la concepción del *ius* como «disciplina de la equidad». El autor insiste en que *scientia* equivale a *ars* (la disciplina ordenada y *discible*, esto es, susceptible de aprenderse).

²⁶ A esta especie de «máxima» se refirió, en varios lugares de su obra, sobre todo pp. 16 ss y 47 ss, MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª ed., Editorial Praxis, Barcelona, 1993.

(el «*ius novit curia*»), no es sino la expresión de un objetivo, de un ideal, de una aspiración²⁷.

Evidentemente, este segundo aforismo es un modo de hablar. Supone a un jurista (en este caso el juez) que conoce *todo* el Derecho, y que por ello va a acertar en su decisión.

Nada más lejos de la realidad. Afirmar que el tribunal *conoce el Derecho* es una entelequia. O si se quiere, en palabra menos irónica, una aporía.

Se suele decir que la ley procede *del pueblo*, pero éste no la conoce. Y tampoco los propios juristas, entendiendo *conocer* en su sentido estricto.

La «legislación motorizada» de nuestros días conduce a que el Derecho que el tribunal «conoce» sea, en cada caso, y muchas veces, el que las partes, con mayor o menor acierto, invocan ante aquél. Y *vence* el que *conven-ce* a un juez que, dicho con todo respeto, es con frecuencia como el espectador de un partido de tenis.

El año pasado, el 2007, el Parlamento español dictó 72 Leyes, a las que hay que unir 11 Reales Decretos-Ley y 2 Reales Decretos-Legislativos. Pero lo que importa es que el Gobierno promulgó 1.768 Decretos. Y sería muy laborioso contar cuántas disposiciones reglamentarias emanaron de los Ministerios y autoridades inferiores²⁸. Un conocido repertorio de legislación español (no oficial), alcanzó, el mismo año 2007, el asombroso número de 11.749 páginas, en 4 tomos de apretada letra, y casi sólo para disposiciones procedentes del *Estado*.

Por ello, quizá no fuera excesivamente extravagante decir que las reglas legales de *inferior* rango normativo no son *Derecho*, sino «*hechos*». Por ello, excluidas del *ius novit curia*²⁹.

Si a ello unimos la desafortunada técnica normativa propia de nuestros días³⁰, el «mundo» del jurista consiste ahora, en buena medida, en averiguar qué disposición debe invocar, qué parte de ella está todavía en vigor y cómo puede conciliarse con otras normas de desarrollo o afines a la que tiene entre sus manos. En suma, en la actualidad es tarea ímproba para él, no ya el *saber*

²⁷ Procede advertir que el *dabo tibi ius* ha sido recientemente robustecido por el principio *pro actione*.

²⁸ Y no digamos de los Parlamentos y de las Administraciones autónomas.

²⁹ Tengo referencia, aunque no conocimiento directo, de que un juez de la ciudad en la que residio imponía a los abogados la prueba –mediante fotocopia de la publicación oficial– de las normas «*inferiores*» a las que me refiero.

³⁰ Merece leerse el breve, demoleedor y documentado artículo de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, titulado «De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley», en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, número 0, octubre 2008, pp. 38-45. Con mucho mayor detalle, el libro del mismo autor *De la arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998. Y en punto a la «buena forma» de legislar, *vid.* «El canon clásico de la técnica legislativa», capítulo I de *Técnica normativa*, de MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

Derecho, sino intentar moverse con alguna soltura en la maraña normativa que nos envuelve.

Y si decimos –luego volveré sobre esto– que uno de los objetivos del jurista es predecir o vaticinar, y añadimos que la seguridad jurídica tiene uno de sus apoyos en la previsibilidad de las *soluciones*, creo que la descripción del «mundo» del jurista quedaría manca si no hubiera hecho alusión al fenómeno al que acabo de referirme³¹.

9. La seguridad jurídica, a la que tanto relieve damos los juristas (según el artículo 9 de nuestra Constitución es un *principio* garantizado por ella misma), lleva, al menos en parte, a un buen número de «hechos» que *lo son porque lo dice la ley*. Por eso han necesitado de tantas «explicaciones» por parte de la doctrina jurídica. A título de ejemplos, basta recordar algunos.

Casos en los que por *hechos* entendemos la *situación actual*, o más reciente, no la *histórica*: la posesión, la usucapión.

Hay también hechos que *no existen ya*. Piénsese en las figuras de la prescripción y de la caducidad de los derechos. O, lo que es más difícil de entender por el *no jurista*, en la prescripción de los delitos y de las penas³². O, por llegar a una todavía mayor dificultad, en la *inexistencia* de los hechos no contemplados por una sentencia firme y definitiva; es decir, beneficiada por la que en el pasado se dio en llamar «presunción de cosa juzgada».

10. Pero, probablemente, la manifestación más palpable de la «presencia» de los hechos en el mundo del jurista sea su necesidad de tener siempre presente, no un hecho aislado, o unos hechos, sino el complejo conjunto de *acontecimientos* que conforman la «realidad social».

El artículo 3.1 de nuestro Código civil dice con razón que las normas jurídicas se interpretarán (expresión imperativa), entre otros criterios, conforme al de la *realidad social* del tiempo en el que han de ser aplicadas³³.

³¹ Tengo en mente mi primer conocimiento *real* de un despacho de abogados (hace poco más de treinta y cinco años), cuando aquellos con quienes aprendí el oficio se las arreglaban con unos pocos códigos y con escuálidos repertorios de legislación. No les imagino hoy sujetos al papel o al ordenador para tener una relativa seguridad sobre la vigencia o no de una disposición, sobre las normas derogatorias de las que todos los días se promulgan, o sobre las concordancias –que muchas veces suelen ser discordancias– entre unas y otras. Y, lo que es más grave, teniendo que acudir al «buscador» del ordenador para, mediante fórmula tan poco «científica», brujular en el mar normativo que nos ha inundado.

³² Quienes hayan explicado una asignatura de introducción al Derecho, llámese como se llame en cada momento y lugar, recordarán la intervención de algún o de algunos alumnos que *no entienden* que un delincuente quede impune porque su delito ha prescrito. E incluso hoy, cuando se sostiene la imprescriptibilidad de ciertas conductas delictivas, vuelven a aparecer *los hechos*: porque el problema está en determinar qué actos deben o no ser los imprescriptibles.

³³ Criterio que, de acuerdo con la construcción gramatical y lógica del precepto, sólo cede ante el constituido por el *espíritu* y *finalidad* de la norma que haya de aplicarse.

El jurista, por eso, tiene que estar siempre atento a todos los hechos que le rodean. Porque son todos ellos (el conjunto, insisto) los que en mayor o menor medida condicionan las «soluciones» de las que luego hablaré.

Con este criterio, el de la realidad social, la jurisprudencia española de los últimos años ha dado, por decirlo gráficamente, un vuelco a la interpretación de no pocos preceptos, algunos de ellos muy «tradicionales». De otro lado, la *realidad social*, vista por la doctrina y a veces por la propia jurisprudencia, ha inspirado cambios legislativos, en ocasiones muy radicales³⁴.

Creo que Ulpiano diría también ahora lo que dijo entonces.

11. Para terminar este apartado relativo a los hechos, no puedo dejar de mencionar –ahora en un plano filosófico– la moderna orientación, denominada *constructivismo*, que advierte de la poderosa capacidad del Derecho para definir la realidad, para conformarla. Ya no es tanto cuestión de que el pensamiento jurídico se ocupe de la «fuerza normativa de los hechos», sino de observar que el Derecho «fabrica hechos»³⁵.

³⁴ Ahora bien, debe coincidir con GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, en que éste criterio hermenéutico es «peligroso por lo difícil que resulta en numerosos casos comprobar la sujeción a él del aplicador del Derecho», y «se presta a coartada fácil cuando se trata de imponer soluciones de justicia personales: la misma realidad no es valorada y apreciada por todos de la misma forma» (en *Comentario del Código civil*, obra colectiva coordinada por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 98).

³⁵ Vid. el excelente libro de MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1992. Tiene enjundia, por ejemplo, el pasaje en el que el autor dice: «*El derecho establece sus propios criterios de existencia decretando que quod non est in actis no est in mundo. Delimita formalmente lo que para él es verdad, estableciendo el principio de que res iudicata pro veritate habetur. Impide la intromisión incontrolada de criterios extrínsecos de realidad mediante presunciones iuris et de iure. Formula definiciones estipulativas que con fines operativos establecen lo que es tal o cual cosa a los efectos de determinada disposición, redefiniendo por medios de nomina iuris el sentido usual de ciertos términos. Hace un uso generalizado de la fictio iuris siempre que las necesidades de la técnica jurídica así lo aconsejen. No podría funcionar sin el principio neminem licet ignorare ius...*».

En otro pasaje, pp. 50-51, dice MARTÍNEZ GARCÍA: «*Los elementos de hecho no son un mero punto de partida proveniente de la realidad objetiva, sino el resultado de operaciones jurídicas que establecen y fijan los hechos y de este modo elaboran el input del derecho. La noción de hecho carece de una existencia autónoma. Por ello se ha señalado que 'el hecho jurídico no es sencillamente el hecho, sino el hecho que existe en y por el derecho'. La determinación de lo que es o no jurídicamente relevante compete exclusivamente al derecho. Se trata de una relevancia interna y, por tanto, de un juego tautológico: es jurídicamente relevante lo que el derecho considera como tal.*».

Particular interés tiene el capítulo IV, pp. 95 a 117, sobre la ficción jurídica, como expresión del poder de la imaginación en el Derecho. La actividad jurídica es ante todo el despliegue de un formidable esfuerzo imaginativo, es la creación de toda una forma de pensar y de expresarse. La imaginación tiene un papel imprescindible en la génesis y permanencia de las instituciones... el jurista recurre frecuentemente a la metáfora para articular su propio pensamiento y domina una retórica que hace abundante uso de figuras e imágenes, pro-

Cómo no decir esto, si una norma jurídica de la Unión Europea determinó qué se entiende por «queso». O si una Ley española nos dijo qué significa jurídicamente «marisco». O si, sin necesidad de ir más lejos, llamamos «finca», a efectos del Derecho registral, a una vivienda situada en la octava planta de un edificio. La más cabal creación de *hechos* por el Derecho es, probablemente, la circunstancia de que la Ley española de hipoteca naval (del siglo XIX) declare que el buque es, a efectos de la misma, un *bien inmueble*; curiosa paradoja en relación con una cosa, el buque, que por definición está llamada a *moverse*.

Y qué decir de las «presunciones legales», tanto las *iuris et de iure* como de las *iuris tantum*, que pueblan el mundo del jurista de «*hechos que no son hechos*». O de las «ficciones», también frecuentes en el Derecho³⁶.

Pero también en el caso de las llamadas «presunciones judiciales» (o *del hombre*, como antes se decía), el Derecho «crea» hechos. Cuando el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la *certeza de otro hecho* (si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano), la norma está otorgando al juez –pero también a todo jurista– la posibilidad de «construir» una *historia completa*, o *más completa* (siempre en términos figurados) de «lo que ocurrió». Es decir, de los *hechos* integrantes del conflicto.

vocando una eficaz intersección entre el mundo de la acción y el de la representación. Interpretar el Derecho es imaginar, recrear la literalidad de una norma que puede llegar a adquirir algo así como vida propia. Proponer una legitimación es entre otras cosas fantasear, como bien se ve en el pensamiento contractualista que incorpora una impresionante dosis de irrealidad; mientras que se deslegitima aquello que se desmitifica, aquello que queda privado de ficciones activas y operantes (pp. 96-98).

³⁶ En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, primera en la que se otorgó un cierto reconocimiento a la transexualidad, se dijo que «*será una ficción de hembra si se quiere, pero el Derecho también tiene su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias exactas. Una y otra son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social. Sólo partiendo de una hipótesis es posible establecer en ocasiones principios y fundamentar teorías que expliquen todo orden de hechos o fenómenos demostrados por la experiencia; y sólo aceptando una ficción se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse*». Añadió luego: «*Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caractereologías psíquica y emocional propias de este sexo*».

III. Conceptos

12. Pero el jurista, que piensa y trabaja en «el mundo», con realidades «del mundo», e incluso que lo hace «para este mundo», opera y razona con *instrumentos que no son «de este mundo»*.

Vistas las cosas bajo el prisma de la epistemología³⁷, el jurista practica una ciencia³⁸, si bien es cierto que, salvo en el terreno académico, no es habitual que piense siquiera en ello³⁹. Lo que ocurre es que sus «herramientas» no son cosas perceptibles por los sentidos, sino «conceptos»; en definitiva, palabras. Se trata de esas palabras que nos son imprescindibles, pero que a la vez han dado lugar a las abundantes sátiras de las que hemos sido objeto a lo largo de los tiempos⁴⁰; en parte, por lo que tienen de crítico o «misterioso» para el común de los mortales. No dejan de ser una «jerga», un «argot», que sublevan a quienes se ven en la necesidad de acudir a nosotros, u oyen lo que dicen las leyes, las sentencias, los abogados.

13. Que alguien diga tener derecho a algo, que exista una sociedad anónima, decidir que un bien de nuestra propiedad tenga un determinado destino después de nuestra muerte, reclamar a quien nos reclama, enjuiciar un tribunal español delitos cometidos en China, pagar un «sobreprecio» por una botella de vino, querer contraer matrimonio poligámico dos marroquíes en España, por ejemplo, son para nosotros *conceptos* como derecho subjetivo, persona jurídica mercantil, sustitución fideicomisaria, reconvencción, juris-

³⁷ Como es sabido, del griego *epistème*, «conocimiento». Hoy se entiende como «doctrina de los fundamentos y métodos del conocimiento científico».

³⁸ No me adentro, desde luego, en la espinosa cuestión de si el Derecho es ciencia, cuándo lo es y cuándo no (sobre este punto, *vid.* NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, edición española, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 317-347). Hay autores contemporáneos de obras generales que ni siquiera plantean la cuestión, quizá por considerarla superada (por ejemplo, TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 1991). Tampoco me enzarzo en la discusión de si hay una ciencia del Derecho, en singular (llamada así, o aun *Teoría del Derecho*, para evitar los equívocos sobre una identificación con la científicidad físico-matemática; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *et al.*, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 44-45), o si debe hablarse, en plural, de *ciencias del Derecho* (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, I, Madrid, 1955, pp. 63-72).

³⁹ A diferencia, me parece, de lo que ocurre con el médico cuando trabaja en su hospital o con el químico que lo hace en un laboratorio farmacéutico. Pero es posible que en todas las profesiones basadas en una *ciencia*, ésta sea una *técnica* en la aplicación al caso concreto. Vendría a darse de nuevo la dualidad *epistème-téchne*. Con todo, no está de más señalar que, reconociéndose a la Medicina como ciencia, por ejemplo, es frecuente que se recurra al concepto de «*técnica*»; *v. gr.*, cuando se habla de la «*técnica*» *tal o cual* para afrontar quirúrgicamente un problema vascular.

⁴⁰ Recordemos, en la literatura española, desde Quevedo hasta Jacinto Benavente.

dicción universal, impuesto indirecto y externalidades negativas⁴¹, respectivamente.

*Conceptos, unidades, principios, instituciones, construcción, sistema*⁴², y abundantísimas palabras que de aquéllas derivan «científicamente», son términos que los juristas utilizamos para entender nuestra materia y para entendernos entre nosotros. Pero creo que nos equivocáramos si pensáramos que son «instrumentos» para *conocer qué es lo justo*, siendo así que, a mi juicio, son sólo palabras para *argumentar por qué es justo*⁴³. Si no fuera de este modo, estaríamos haciendo *abuso* (no uso) o *caricatura* del lenguaje jurídico.

Los *conceptos* están en estrecha relación con las normas jurídicas, esto es, como solemos decir, las leyes. En ocasiones, son estas últimas las que inspiran o sugieren *conceptos jurídicos*. Otras veces, al revés, los *conceptos* acuñados por los autores encuentran acogida en la legislación; no es infrecuente que los juristas digamos que tal o cual concepto ha sido «consagrado» (palabra muy reveladora) en el artículo tal o cual de la Ley *equis*.

⁴¹ Propongo este «concepto» porque es el último que he conocido, siendo ajeno a mi disciplina; en concreto, es propio, y nuevo, del Derecho internacional privado. *Vid.* CARRASCO-SA GONZÁLEZ, Javier, «Orden público internacional y externalidades negativas», *Boletín de Información* (Ministerio de Justicia), número 2065, 15 de julio de 2008, pp. 2351-2378. Los conceptos se están «creando» constantemente. Hoy nos son familiares algunos impensables hace dos siglos; por ejemplo, acto administrativo, delito imposible, suelo no edificable (y los demás conceptos del insondable mundo del Derecho urbanístico), relación laboral, pareja de hecho; y, todavía más fantasmagórico, «matrimonio» entre dos personas del mismo sexo.

⁴² Algunas de estas palabras, bien se ve, proceden del lenguaje de las ciencias físico-matemáticas, por el entusiasmo que estas últimas inspiraron a la dogmática alemana del siglo XIX.

⁴³ Pero hay que tener en cuenta la circunstancia de que la vida social está repleta de ingredientes que nada tienen que ver, en principio, con el Derecho; por ejemplo, políticos o económicos. Sólo con conceptos jurídicos, no podría explicar nadie al arrendador de una vivienda, en la España de los años 50, que su arrendamiento, concertado por cinco años, quedara automáticamente prorrogado por ley durante la vida del arrendatario e incluso durante dos generaciones más, y con una renta prácticamente constante; dicho en términos coloquiales, *congelada*. Y ha tenido que ser un *concepto nuevo* (el de la «jurisdicción universal») el que permita explicar un caso que antes he citado: la sentencia del Tribunal Constitucional español de 22 de octubre de 2007 declaró vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, siendo así que esos demandantes habían interpuesto querrela criminal contra varios ciudadanos chinos (dirigentes), por delitos de genocidio y torturas cometidos en China desde el año 1990 por la persecución de personas pertenecientes o simpatizantes de un determinado grupo. Se da la circunstancia de que la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo, había declarado, en sentencia de 18 de marzo de 2005, no haber lugar al recurso de casación contra el auto de la Audiencia Nacional que confirmó una previa resolución declarativa de no ser precedente la admisión a trámite de la querrela.

14. La «construcción científica» del Derecho (por seguir con nuestro lenguaje, *cosas que no son de este mundo*), o –dicho de otro modo– la «doctrina», constituye, junto con los hechos, la *vida* misma del jurista. Siempre fue así, pero en la actualidad lo es de forma más intensa que nunca.

Si hablaba antes de la *catarata* de la legislación, tratándose de doctrina podríamos referirnos a un verdadero «océano». Porque la bibliografía jurídica de nuestros días es verdaderamente arrolladora. En cualquier sector del Derecho, la literatura científica aumenta día a día y, además, en términos que bien podríamos calificar como de progresión geométrica. Proliferan las publicaciones de todo tipo, desde los tratados hasta los manuales, pasando por las monografías y las revistas científicas. Y estos dos últimos «géneros» alcanzan elevadas cotas de especialización. De suerte que el «mundo» del jurista es hoy, incomparablemente más que en el pasado, un incesante acopio de información bibliográfica, no siempre encaminado a buscar una «respuesta» al concreto *caso* que en cada momento le ocupa⁴⁴.

IV. Soluciones

15. He dicho al comienzo que no pretendía filosofar sobre el Derecho. Hacerlo sería tanto como tomar postura sobre su esencia, sobre su justificación o razón de ser y sobre sus funciones.

Por eso, para mantenerme en el más modesto plano «existencial», que he anunciado, terminé mis palabras con lo que probablemente sea el único elemento común a la experiencia y al vivir de todo jurista, académico o práctico.

Me refiero al «desenlace» que está siempre en la mente del jurista, esto es, en «su mundo».

Hablo, claro está, de la «solución» que inspira nuestro quehacer. Es, sobre todo, en el caso del abogado, o de cualquier otro «práctico» del Derecho (los hoy ominosamente llamados «operadores jurídicos»), incluyendo al juez. La «solución» es la sentencia, en el sentido más amplio de la palabra.

⁴⁴ No es éste momento ni lugar para expresar juicios sobre la bibliografía jurídica actual. Pero, además de dejar constancia de su formidable volumen, que se expresa en el grosor de los catálogos editoriales y que hace difícilísimo el empeño de estar al día en las publicaciones, incluso en las que constituyen el área de conocimiento más «familiar» para cada uno, quizá interese poner de relieve –desde la perspectiva de un jurista europeo– el muy especial relieve que hoy se atribuye a la jurisprudencia. Quizás se trate, al menos en parte, de un reflejo del cada día mayor impacto de los «modos de pensar» de los juristas del *common law* en los del *Derecho escrito*. Impacto que, según me parece, también se da en sentido contrario; dicho de otro modo, es recíproco. Es igualmente un signo de la bibliografía actual, sobre todo la «académica», la presencia de notables dosis de *Derecho comparado*; o, sin ir tan lejos, de *Derecho extranjero*.

Uso el vocablo «solución» (no el de *resolución*, a pesar del parentesco etimológico de ambos términos), porque el primero es el que expresa, a mi juicio con más precisión, lo que quiero decir. Y tampoco acudo a la palabra «decisión», porque podría entenderse que me refiero *también* a la elaboración de las normas jurídicas, esto es, a la *legislación* en el sentido más amplio del concepto, incluyendo los reglamentos de la Administración. Y si no hablo de este fenómeno, el de crear normas, es, en primer lugar, por su natural carácter de generalidad, que excluye la contemplación de cada caso concreto; y en segundo término, porque aunque las Administraciones Públicas están hoy integradas por auténticas mesnadas de juristas, éstos no son los que tienen en su mano lo que debe disponerse: suelen ser los políticos los que lo hacen por ellos.

Solución, del *solvo*, *solvere*, se ajusta a la primera acepción latina del verbo, esto es, «soltar», «desatar»; como se hace con un nudo.

Porque, en efecto, la sentencia «desata» el *nudo* de un conflicto, de una controversia, que en definitiva son «ataduras». Como no podía ser de otro modo, ya el latín clásico aplicó el *solvere*, en sentido figurado, como disipar o deshacer; por ejemplo, un *dubium*, una duda. Feliz acepción, en nuestro caso, porque el «mundo» del jurista es un mundo de dudas, de incertidumbres, de incógnitas⁴⁵.

Verdad es que esto depende en parte de una visión determinada del Derecho, pero sigue siendo cierto. Aún más, no falta quien entiende que Derecho (*ius*), en cuanto resultado de un *iudicium*, es «lo que declaran los jueces» (*ius, quod iudex dicit*)⁴⁶.

Igualmente, el abogado o el funcionario, cuando asesoran o cuando sostienen una tesis, están pensando en términos de *solución*, aunque con la diferencia (práctica, no conceptual) de que su *solución* queda sometida a otra «superior»⁴⁷.

Pero también el estudioso del Derecho, el «académico», al margen de un conflicto *real*, es víctima de la duda, de la incertidumbre. Su objetivo es también una «solución». La diferencia reside ahora en que él puede proponer diversas «soluciones»; alternativas y –además– incluso contradictorias entre sí.

⁴⁵ Incluso para el propio juez, antes del momento de dictar su *solución-resolución*.

⁴⁶ D'ORS, Álvaro, *Una introducción* ..., cit., pp. 108-111. Escribió el eminente romanista que, a tal efecto, cuando, por ejemplo, un alumno emite su opinión en una clase práctica sobre un caso hipotético, esa opinión asume el carácter de una sentencia judicial, aunque esta actividad no tenga, naturalmente, ni la eficacia ni la repercusión social que tiene la sentencia de un juez en el ejercicio propio de sus funciones.

⁴⁷ Recuérdese lo frecuente que es, en escritos forenses o administrativos, que se haga reserva de «salvo mejor criterio» o de «su superior criterio».

16. La duda debe conducir a la *prudencia*.

Esta palabra está muy unida al Derecho. En los textos clásicos se encuentra con frecuencia, muchas veces en la expresión *prudencia iuris*. Y ha dado o da nombre, con el bello vocablo «jurisprudencia», a algunas Facultades de Derecho y a Academias de juristas.

Es también frecuente que el término se use en el sentido de virtud intelectual para *distinguir lo bueno de lo malo*, previa a otra virtud cardinal, la justicia, como *dar a cada uno lo suyo*.

Pero yo quiero referirme aquí a otra «prudencia». Es la que los diccionarios latinos sitúan habitualmente como primera acepción de *prudencia*, esto es, la de «previsión», procedente de *providere*. El *prudens* es «el que prevé», el que «sabe de antemano» y actúa con conocimiento de causa⁴⁸.

Porque, en efecto, así como se ha dicho con acierto que «contratar es prever», la vida toda del jurista gira en torno a la *previsión* de las «soluciones» de las que ahora estoy hablando. La expresión más cabal de esto es, sin duda, lo que el abogado prevé que va a ser la resolución judicial del asunto en el que interviene.

Pero es probable que la manifestación más patente del *prever*, en el caso de cualquier individuo, esto es, de toda persona, sea la de actuar de una manera determinada, «en previsión» de las consecuencias (sobre todo las negativas) que le deparará hacerlo de otro modo⁴⁹.

Esto, cuando se trata del jurista, se traduce muchas veces en llegar a soluciones sin contienda judicial. La *previsión* hará que en su función de dictamen, asesoramiento o consejo, esté sujeto a la máxima exquisitez en el difícil proceso intelectual de predecir, proceso en el que la imaginación reviste una importancia decisiva. Así, cuando redacta un contrato o un testamento, elabora los estatutos de una sociedad o recomienda una transacción⁵⁰.

Es esto lo que me mueve a mencionar de nuevo el problema de la «certeza» del Derecho, que en definitiva es hablar de la *seguridad jurídica*, uno de los pilares de lo que llamamos *Estado de Derecho* o *imperio de la ley*⁵¹.

⁴⁸ Primera acepción, por ejemplo, en SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo diccionario ...*, cit.

⁴⁹ A esto me referí en mi trabajo «Sobre las palabras ‘responder’, ‘responsable’ y ‘responsabilidad’», en la obra colectiva *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, II, pp. 1323-1352. Es justamente aquí cuando el Derecho manifiesta su función más noble y su mayor eficacia. Es cuando sus normas son espontáneamente cumplidas, en términos estadísticos elevados. Es el Derecho visto como *pura* regla de conducta o como instrumento de organización social. Y es lo que hace que sea una perspectiva parcial, aunque yo la haya citado antes, la que enlaza al Derecho (y, por ello, al jurista) con el *fenómeno* del «conflicto».

⁵⁰ En este último caso, nunca sabrá, por principio, si su *previsión* fue acertada o no.

⁵¹ Extremo sobre el que escribí hace muchos años (1974) en mi libro *Introducción al estudio del Derecho*, titulado luego *Una teoría del Derecho (introducción al estudio del Derecho)*, cuya 6ª edición, con posteriores reimpresiones, fue en Editorial Civitas. Me estoy

17. Pero no voy a insistir en esto, para no incurrir en tópicos, y menos ante este auditorio.

Quiero referirme a otro «elemento» del quehacer del jurista –al menos como ideal– que es la *sindéresis*. Y no se alarmen por el cultismo, porque se trata simplemente (pero nada menos) que de la *sensatez*, también conocida por «sentido común».

Dice sabiamente nuestro Diccionario⁵² que *sindéresis* es «*discreción, capacidad natural para juzgar rectamente*»⁵³. Guarda estrecha relación con «sentido común», que, también según nuestro Diccionario, es «buen juicio natural de las personas»⁵⁴. Es el *buen sentido* del que Descartes decía ser la cosa del mundo mejor repartida, porque todos piensan estar tan bien provistos o dotados de él, que incluso quienes se muestran más reacios a considerarse satisfechos en relación con cualquier otra cosa, no suelen desear más (de buen sentido) que el que ellos tienen⁵⁵.

He pensado muchas veces que es lástima que la «sensatez» no pueda ser objeto de nuestros planes de estudios⁵⁶. No digo que no pueda «aprenderse», porque, a pesar de que el Diccionario habla de «capacidad natural», no creo que haya que aceptar que se nace y se muere con ella o sin ella. Más aún, la carrera de Derecho está de ordinario organizada para que el *sentido común*

refiriendo ahora a las páginas 60-62 y 80-83 de la última edición reimpressa, Madrid, 1993. Y es digno de lectura el trabajo de PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, «La seguridad como función jurídica», en *Funciones y fines del Derecho (estudios en honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Universidad de Murcia, Murcia, 1992, pp. 273-289.

⁵² Es el *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª ed., Madrid, 2001.

⁵³ Ésta es la traducción que del vocablo griego *syntéresis* se encuentra en los diccionarios de griego-español; por ejemplo, en ESEVERRI HUALDE, Crisóstomo, *Diccionario etimológico de helenismos españoles*, Pampilonensia, Pamplona, 1945. Procede del verbo griego *synteréo*, que significa, entre otras cosas, «observar estrictamente» o «preservar». Para la voz *synteréo*, en *A Greek-English Lexicon*, de LIDDELL y SCOTT, Clarendon Press, Oxford, 1968, se dice de ese verbo que significa, entre otras cosas, conservar o preservar cuidadosamente (quiere decir, una norma o un principio).

⁵⁴ Creo que interesa señalar, porque al menos es curioso, que la primera acepción de «juicio» en el Diccionario es la de «facultad del alma, por la que el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero y lo falso». Muy anterior al significado de «proceso judicial». Por otro lado, la palabra «discreción», asimismo en su primera acepción del Diccionario, significa «sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar»; lo que explica el tan frecuente uso en la forma de adjetivo («discreto» y «discreta») en el Siglo de Oro de la literatura española.

⁵⁵ Es en el comienzo mismo del *Discurso del método*. Lo tomo de uno de los libros que recoge las obras del genial filósofo francés: DESCARTES, *Œuvres philosophiques*, Garnier, París, 1963, Tomo I, p. 568. El anotador del libro, ALQUIÉ, considera que la referida expresión de Descartes es irónica. Hubiera o no ironía en esas primeras palabras, Descartes escribió poco después, en el mismo pasaje, que el buen sentido es la facultad de juzgar bien, y de distinguir lo verdadero de lo falso.

⁵⁶ Y que no sea un criterio para la designación de los jueces.

vaya impregnando la mente de los estudiantes. A estos efectos, la «lógica» del Derecho romano (salvados los primitivismos y las particularidades de su dilatada duración), la de la Parte General del Derecho civil, así como la de las *partes generales* del Derecho de obligaciones y del Derecho de cosas, cuando están bien expuestas, pueden ser eficaces instrumentos para desarrollar la *sindéresis*.

Y si acudo a estos conceptos es porque, a mi entender, la primera condición que debe tener una *solución* en Derecho es la de que sea sensata, de sentido común, presidida por la *sindéresis*.

No creo equivocarme al decir que una construcción conceptualmente correcta (en lo que tiene de «discurso») puede ser un *adefesio* si no resiste el «común sentido», esto es, el de la generalidad de los mortales.

Todos conocemos, me parece, escritos forenses, sentencias (y, desde luego, leyes o reglamentos) en los que la *sindéresis* brilla por su ausencia.

18. La búsqueda de la *solución* –naturalmente, no digo hallarla⁵⁷– constituye un notable desafío; por un lado está el *saber técnico* o dominio de los «conceptos»; y por otro, la *sensatez*, el sentido común, la *sindéresis*⁵⁸.

Ahora bien, para el jurista en general, pero muy particularmente para el «práctico del Derecho», la argumentación basada en la *sensatez* tiene un inconveniente *a priori*, que es el de que su modo de razonar entra en colisión con una manera de pensar inspirada *sólo* en los criterios que llamamos dogmáticos o conceptuales. Dificultad que también siente el jurista «académi-

⁵⁷ Por razones obvias. Entre ellas, porque dos juristas sin interés personal en un *caso* pueden llegar a dos distintas soluciones. El mejor ejemplo es el de una sentencia revocada en un recurso. También por motivos evidentes, no llamo jurista al legislador; primero, porque la norma jurídica, por su intrínseca generalidad, encuentra dificultades para dar respuesta (que es *solución*) a los tan variados casos que la realidad ofrece; segundo, porque su razonabilidad, *sindéresis* dicho de otro modo, sólo puede enjuiciarse *a posteriori*; tercero, porque no acabo de ver claro a qué nos referimos cuando hablamos del «legislador» en los sistemas parlamentarios y administrativos de nuestros días (en concreto, ¿qué es la *voluntas legislatoris*?).

⁵⁸ A estos efectos, y en concreto en relación con la *solución* por antonomasia, que es la *sentencia* (palabra, por cierto, cuya primera acepción en nuestro Diccionario es la de «dictamen o parecer que alguien tiene», antes que «resolución del juez», acepción tercera), es clara la diferencia entre las que dictan los tribunales del *common law* y las pronunciadas por los del que llamamos área del *civil law* o *Derecho escrito*. Aquéllos están muy poco «sujetos a la ley», se encuentran vinculados por el «precedente» mucho menos de lo que solemos decir, y tratan de «convencer» con razonamientos en los que, sin faltar «conceptos», pero de ordinario no muy abundantes, hay como inspiración principal la «lógica natural», la razonabilidad; en suma, la *prudencia* en su significado de «*sensatez, buen juicio*». Tengo en mente, por ejemplo, las sentencias dictadas por tribunales ingleses en los llamados y célebres «casos de la Coronación», a comienzos del siglo XX. *Vid.* ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968, en su primera parte.

co»; cuántas veces no habremos visto, al analizar una sentencia o una obra ajena, para un trabajo doctrinal, el escollo del que hablo.

Puedo proponer el ejemplo de la solidaridad en el caso de daño extracontractual causado por varios agentes, que es solución *sensata* pero que no está en nuestro Código civil. Felizmente, acabó aceptándola una también *sensata* jurisprudencia de hace unas tres décadas. Lo mismo podría decirse de la «solución» llamada *compensación de culpas*, que tampoco está en el Código civil y que en un plano dogmático no se encuentra exenta de dudas (por ejemplo: ¿puede haber «culpa» concurrente en un niño de siete años?).

19. La *relatividad de las soluciones* en el Derecho (relatividad que sólo deja de serlo –lamentablemente para él– para el sujeto concreto que se ve obligado a soportar las consecuencias de una también concreta sentencia judicial firme) se muestra inequívocamente a partir de la afirmación teórica o conceptual de que en los problemas jurídicos no existe un procedimiento generalmente aceptado ni un criterio seguro para saber si la solución es adecuada, por lo que no suele haber consenso sobre la corrección de los resultados⁵⁹. Y esto, sin contar con que, con toda legitimidad, e incluso con plena convicción, un jurista pueda verse movido por un interés. Es obvio el caso del abogado, a quien incumbe, sobre todo cuando se trata de un proceso, sostener una tesis determinada. Pero es que, incluso sin mediar ningún interés, bien puede suceder que la específica formación de cada jurista le lleve a adoptar puntos de vista no coincidentes con los de otros, en presencia ambos de un mismo caso.

Y es también la *relatividad de las soluciones jurídicas* la que puede dar, y de hecho da, lugar a un fenómeno que acaso a los juristas no asombre demasiado (por mucho que nos perturbe), pero que al *hombre de la calle* –no digamos si es parte en un proceso– puede causar escándalo e indignación; en definitiva, una radical desconfianza hacia el Derecho y hacia quienes a él nos dedicamos.

Me refiero al hecho de que un mismo problema sea objeto de *soluciones* diferentes, en una misma época, por parte de dos órganos judiciales del mismo grado o «jerarquía». Y aun más, que la divergencia de las *soluciones* se dé en un mismo tribunal⁶⁰.

⁵⁹ Vid. GALLEGU DEL CAMPO, Germán, «La resolución de problemas jurídicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 708, julio-agosto 2008, pp. 1477-1495.

⁶⁰ Sobre este extremo, es muy ilustrativa la monografía de BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Y a estos efectos, no puedo dejar de mencionar la novedad de que en los últimos años se venga produciendo con cierta frecuencia, en diversas Salas del Tribunal Supremo español, la fórmula de sentencias dictadas por el Pleno, esto es, por todos los Magistrados integrantes de cada Sala. Una publicación colectiva que acaba de aparecer, y en la que he tenido el honor de participar, se hace eco del significado (o al menos de la intención) de esta práctica: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (director), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, volumen 1º (2005-2007), Dykinson, Madrid, 2008.

En suma, forma parte del *mundo del jurista* (insisto en que ésta es mi perspectiva ahora, no la de la *ciencia del Derecho*) la circunstancia de que, encaminada como está su vida a *proponer soluciones*, éstas se encuentren rodeadas por un halo de incertidumbre. Halo, quiero decir, en el sentido natural de la palabra; o sea, el que sugiere la luz difusa en torno de un cuerpo luminoso.

No sé si exagero, pero es posible que la *incertidumbre* constituya el más hondo sentimiento, a la vez atractivo y desafío, del que vengo llamando *mundo del jurista*.

20. Pero, y regreso al principio, vuelven a estar presentes *los hechos*.

La *solución* fundada en los *conceptos*, y la que deriva del *juicio de lo razonable*, exige conocer los hechos en su integridad, cosa que no siempre está a nuestra disposición⁶¹.

Esa misma razonabilidad (de nuevo la *sindéresis*) es la que, sin conocer más datos que los que proporciona la sentencia, mueve a dudar de la sensatez de una muy reciente, de una Audiencia Provincial española, que condenó a una agencia de viajes a indemnizar «por daño moral» a una pareja que, habiendo contratado su viaje de novios en la República Dominicana, vio arruinada su luna de miel por un huracán en aquel país. ¿Sensato?, ¿razonable? Dejo a ustedes las conjeturas y las apreciaciones⁶².

⁶¹ Muchas sentencias, en España, son extremadamente lacónicas en la narración fáctica, lo que hace que el uso de los conceptos por parte de la propia resolución sea inmune o casi inmune a la crítica. Por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo dictó una sentencia, de 21 de mayo de 2001, en la que se condenó a la sociedad propietaria de una sala de fiestas a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por una persona que como cliente se encontraba en ella, al impactar en su ojo derecho un vaso de vidrio u otra cosa del mismo material. Se desconoció la trayectoria del objeto arrojado, así como la identidad de la persona que realizó la acción y si ésta fue intencionada o negligente. Me parece que no es fácil combatir la decisión de la Sala (basada, a mi juicio erróneamente, en el artículo 1.910 del Código civil –parecido al artículo 1119, párrafo tercero, del Código civil argentino–, a su vez inspirado en la *actio de effusis vel deiectis*, que a mi entender se fundamenta en una posición de «control» por parte del propietario del edificio), si no es argumentando que la sala de fiestas contaba con un «razonable» número de empleados (evidentemente, no tantos como clientes), destinados a vigilar el comportamiento de los asistentes al local.

⁶² A mí se me ocurre: ¿es que la pareja en cuestión no lee los periódicos, ni ve la televisión, como para saber que las tormentas tropicales y los huracanes son «naturales» en aquella parte de la tierra y en ciertas épocas del año? ¿En qué medida podemos esperar que un contrato sea el remedio de todas nuestras adversidades? Sobre esta sentencia, y sobre otras en las que se razona con criterios de «daño moral», recae el fino e incisivo análisis del Profesor DIEZ-PICAZO en su monografía *El escándalo del daño moral*, actualmente en proceso de edición, Editorial Civitas. Agradezco al autor su amabilidad al haberme proporcionado el original en pruebas de imprenta.

21. Y ahora doy otro paso más hacia atrás. Vuelvo a la *sensatez* en la vida del jurista.

Propongo la posibilidad de que acaso sea esa *sensatez* la que, quizá sin darnos cuenta nosotros mismos, haga que, en presencia de un *caso*, nos formemos pronto una idea de su *solución*.

Acostumbramos a decir que el jurista realiza una operación mental de «subsunción» del problema en una o varias normas jurídicas, para así dar una «respuesta».

Yo no diré que no sea así el «desenlace». Lo que ocurre es que el jurista, que al plantearse una cuestión no puede desprenderse de su condición y de su formación, está, inevitablemente, haciendo uso de *su* *sindéresis*, unida al saber teórico, para hacerse enseguida una idea de *su* «solución». Sería después cuando «construyese» una argumentación que, diríamos, fuera «jurídicamente pura»⁶³. A no ser, desde luego, que conociese más tarde «hechos» que antes ignoraba; lo cual, por cierto, no sólo no destruye mi proposición, sino que la robustece, puesto que *valorar* el significado del «hecho nuevo» puede ser también un acto de aplicación instintiva o intuitiva de la «sensatez».

Formada una primera apreciación (un *juicio*), la técnica jurídica podría conducir a «matices» de la *solución*, pero no a desviarse de lo medular en ella⁶⁴.

En mi particular experiencia, creo que esto me ha ocurrido muchas veces, tanto ante un *caso real* como en presencia de un *caso académico*. Y es lo que he oído a no pocos colegas, incluido algún juez.

Podría parecer con esto que estoy «relativizando» o «desmitificando» la *sensatez* en el Derecho, puesto que tal virtud no es patrimonio exclusivo del jurista⁶⁵, y puede suceder –como decía antes– que dos juristas con la misma formación y en condiciones de total independencia lleguen a *soluciones* diferentes.

O, al contrario, podría parecer que lo «relativizado» o «desmitificado» por mí es el conocimiento teórico del Derecho, por las mismas razones que acabo de decir.

Pero no creo que sea así. Simplemente, y es lo que he querido decir, se pone de manifiesto que *lo razonable* y *lo conceptualmente correcto* no son valores absolutos o incontestables, salvo en casos de *soluciones jurídicas*

⁶³ A veces, cuando interesa (pienso en el abogado), puede tratarse de una construcción *conceptual* de signo diferente de la que a él *le convence*.

⁶⁴ Innecesario es decir que no me estoy refiriendo a un «prejuicio», porque este vocablo entraña, por definición, un defectuoso conocimiento del «objeto».

⁶⁵ Conozco a algunos que, siempre a mi juicio, no hacen gala de ella en demasía; del mismo modo que me he encontrado con *no juristas* altamente dotados de sentido común para cuestiones de Derecho.

esperpénticas, grotescas o, sin más, que un ciudadano medio no podría comprender⁶⁶.

22. Cuando me he referido a la justicia, no he querido filosofar sobre ese concepto como *valor* o como *principio*, sino que he pretendido contemplar lo que al jurista le suele importar más, esto es, la justicia del caso concreto: la *justicia material*, como solemos decir⁶⁷.

En tanto en cuanto sea ése el objetivo, creo que debe compartirse la idea⁶⁸ de que, sin incurrir en posturas férreamente dogmáticas, las *soluciones* deben buscarse con una adecuada combinación de conceptos contruidos con una razonable dosis de rigor y, además, con sensatez. No siempre es fácil la combinación, pero creo que debemos perseguirla constantemente⁶⁹.

23. Y termino ya.

Lo hago para reconocer algo que quizá hayan advertido ustedes ya: la escasa presencia, en este discurso, del gran «protagonista» del Derecho, que es la sociedad.

⁶⁶ Es decir, encontrar como «justificada o natural» (Diccionario).

⁶⁷ En relación con la justicia como *valor superior* del ordenamiento jurídico, según el artículo 1.1 de la Constitución Española, menciono la opinión de mi compañero de Claustro, el Profesor Manuel María ZORRILLA RUIZ, cuando sostiene que tal *valor* no sólo se halla dentro del ordenamiento, sino que prima sobre la Constitución misma y el resto del ordenamiento jurídico. La aplicación de cualquier norma jurídica exigiría, de seguirse esta línea, un control inicial consistente en verificar si la norma es justa, porque así se desprende de una de las lecturas legítimas del artículo 1.1 de la Ley Fundamental. Lo notable de este control es que se antepone, en nombre de una suerte de *moralidad legalizada*, al de la validez de la norma, más allá de la cual no permite ir el positivismo legalista. Estas ideas, añade ZORRILLA RUIZ, pueden definir una postura, avalada por la Constitución, por la que ésta sigue siendo la *norma suprema del ordenamiento jurídico*, siquiera se hallen, por encima de ella y dentro del mismo ordenamiento, los *principios informadores* que, en cada momento, reflejan los contenidos variables del valor superior de la justicia material. Tomado del trabajo *Preferencias y oportunidades moralizadoras en la aplicación judicial del Derecho*, para una obra colectiva, en proceso de publicación, promovida por el Consejo General del Poder Judicial.

⁶⁸ Que está implícita en DíEZ-PICAZO, *El escándalo...*, cit.

⁶⁹ No me dejo llevar por mis infinitos sentimientos de cariño, agradecimiento y admiración –por este orden– cuando, en relación con lo que acabo de decir, pienso en mi maestro, el Profesor Antonio Gullón Ballesteros. Sin necesidad de referirme a su obra científica, que *tampoco* necesita mis opiniones, hablo del Gullón de los últimos años, como Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sus ponencias en tantas y tantas sentencias constituyen, a mi entender y al de todos los colegas (profesores y abogados) cuyas opiniones he oído, un verdadero modelo de la *no fácil combinación* que menciono arriba. Las considero un ejemplo de saber determinar con máxima precisión qué hecho o hechos constituyen la médula de la controversia en cada caso. También, de hacer uso de una técnica jurídica en la que no hay ni oscuridades ni vacíos; es decir, perfecta. Y de saber aderezar todo ello con una particular finura en la conciliación entre lo que «dicen los conceptos» y lo que reclama un fallo ajustado a la *sindéresis*.

Pero reitero algo que antes he apuntado: que lo que la sociedad puede y debe esperar es que el «mundo de los juristas» no sea, en cada uno de ellos, una peripecia vital, ni una profesión, y ni siquiera una serie de bienintencionadas ilusiones, sino un «factor» de *soluciones* guiadas por la búsqueda de una convivencia armónica. *Soluciones* en las que la libertad y la igualdad hagan posible la justicia; éste es el género próximo del que aquéllas (la libertad y la igualdad) son las dos especies que lo integran.

24. Oí en su día a otro jesuita, buen latinista⁷⁰, un dicho que procedía de su teologado: *Lectio brevis. Perfecta si brevis. Perfectior si brevior. Perfectissima si brevissima.*

Espero que ésta, al menos, haya sido *brevis*⁷¹.

⁷⁰ El Profesor Juan Luis Cortina Iceta.

⁷¹ Pero no para suponer que se trate de una obra «perfecta», en el sentido de «excelente en su línea», según nuestro Diccionario de español, sino apelando al significado estricto del *perfectus* latino. Es decir, consumado, acabado, finalizado.

Revista Estudios de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La Revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se entregarán en papel (en el Decanato de Derecho a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico a la dirección <Estudiosdeusto@der.deusto.es>).
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las "Normas básicas para la presentación de trabajos escritos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:

a) Bibliografía

- GARCÍA-Pelayo ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del "levantamiento del velo" y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
- DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.

b) Legislación

- España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
- Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
- Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.

c) Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycoed Farming Partnership, Rec. 2004, p. 175.
5. **Proceso de publicación.** El Director de la Revista, con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor, decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como "Estudios" o como "Notas" según su naturaleza y extensión (± 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
 6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en la Revista *Estudios de Deusto* podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.

Estudios de Deusto