



economia

Revista en Cultura de la Legalidad

ISSN 2253-6655

NÚMERO 10
Abril - septiembre 2016



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

<http://www.uc3m.es/eunomia>

2253-6655

Dirección

JOSÉ MARÍA SAUCA CANO, Universidad Carlos III de Madrid, España

Secretaría

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

Consejo de Redacción

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

JOSÉ LUIS DEL HIERRO AGUAZAS, Universidad Complutense de Madrid, España

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, Instituto de Filosofía del Centro Superior de Investigaciones
Científicas, España

JOSÉ MARÍA SAUCA CANO, Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL VILLORIA MENDIETA, Universidad Rey Juan Carlos, España

Consejo Científico

ARMIN VON BOGDANDY, Max-Planck-Institut
für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Alemania

HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Johannes Gutenberg Universität, Alemania

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

SUSAN ROSE-ACKERMAN, Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España

Consejo de Edición

CARLOS ALONSO (Coordinación), Universidad Carlos III de Madrid, España

EDGARDO RODRÍGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

JULIÁN GAVIRIA, Universidad Carlos III de Madrid, España

ANA CATALINA ARANGO, Universidad Carlos III de Madrid, España

CANDELARIA QUISPE, Universidad Carlos III de Madrid, España

JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España

Programa en Cultura de la Legalidad

Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia

Universidad Carlos III de Madrid

Calle Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid)

eunomia@uc3m.es

ÍNDICE

Presentación

José María Sauca	1
------------------	---

Estudios

<i>Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</i>	8
---	---

Ruth Martinón Quintero

<i>La Cultura de la legalidad como objeto disciplinario.</i>	34
--	----

Víctor Manuel Andrade Guevara

<i>There must be rules: Gobierno de reglas y legalidad.</i>	57
---	----

Antonio Peña Freire

<i>Dos teorías sobre la justicia social.</i>	78
--	----

Timothy Murphy

Foro y ágora

<i>¿Rebelión en Cataluña? La Fiscalía de la Audiencia Nacional persigue “sombras rebeldes”</i>	90
--	----

Nicolás García Rivas

<i>El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro.</i>	98
---	----

Carmen Montesinos Padilla

<i>Potenciamiento humano y dopaje genético.</i>	114
---	-----

María Cimmino

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Confianza.</i>	132
-------------------	-----

Cecilia Güemes

<i>Impunidad (ausencia de castigo)</i>	144
--	-----

Elisenda Calvet Martínez

<i>Constitucionalismo popular.</i>	158
------------------------------------	-----

Micaela Alterio

<i>Buen gobierno económico.</i>	166
---------------------------------	-----

Alberto Palomar Olmeda

<i>Emergencia económica.</i>	179
------------------------------	-----

Juan Santiago Ylarri

<i>Lobbying.</i> Joan Navarro y Carmen Andrés	191
<i>Crímenes contra la humanidad.</i> Alicia Gil	202
<i>Blanqueo de capitales (y Derecho Internacional).</i> Francisco Jiménez	216
<i>Refugiado.</i> Silvia Morgades	231
<i>Dilaciones Indebidas.</i> Sabela Oubiña	250
Releyendo a...	
<i>Jerome Frank: Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho.</i> Sebastián Reyes	265
Rincón de lecturas	
DEBATIENDO	
<i>El fenómeno de las puertas giratorias.</i> Elisa de la Nuez	294
BOOK FORUM	
<i>Riccardo Guastini (2014): Interpretar y argumentar.</i> Victoria Iturrealde Sesma	297
<i>Riccardo Guastini (2014): Interpretar y argumentar: Interpretar y/o argumentar.</i> Isabel Lifante Vidal	303
<i>Riccardo Guastini (2014): Una réplica... sin pretensiones. Respuesta a Victoria Iturrealde Sesma e Isabel Lifante Vidal.</i> Riccardo Guastini	312
RECENSIONES	
<i>Manuel Villoria Mendieta y Agustín Izquierdo Sánchez (2016), Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público.</i> Rafael Jiménez Asensio	318
<i>José María Sauca (ed.) (2015), El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo.</i>	333

Lorena Ramírez Ludeña

Juli Ponce Solé (2015), Negociación de normas y lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad. 340

Oscar Capdeferro Villagrassa

Frederick Schauer (2015), Fuerza de ley. 344
Heber Joel Campos Bernal

Antonio Negri (2015), El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad. 349

Ricardo Cueva Fernández

Presentación

Foreword

José María Sauca
Universidad Carlos III de Madrid
Director

Muchos de los que ahora lean estas páginas recordarán una infancia adornada por la comodidad del más amable de los números primos. Efectivamente, me estoy refiriendo al número cinco que hacía fácil, llevadero, casi agradable, el árido mundo del aprendizaje de las tablas de multiplicar. Cinco, diez... tenían la suavidad de un cómputo sencillo y seguro. Eran, sin duda, un remanso para la reafirmación y la satisfacción. Creo que no es exagerado comparar aquellos recuerdos con las sensaciones que el equipo de trabajo de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* disfruta en esta ocasión. Cumplimos cinco años desde la presentación de la revista ante la academia y publicamos su décima entrega con puntualidad semestral. Es, sin duda, una oportunidad para reafirmar el trabajo realizado por un número relevante de académicos que van desde los autores a los evaluadores, pasando por los miembros de los diferentes consejos y comités de la revista. Asimismo, es momento de disfrutar de la satisfacción por la consecución del objetivo de alcanzar esta cifra redonda de entregas publicadas: diez. Esperamos que los lectores comparten estos motivos de reconocimiento y satisfacción y acompañen con su lectura la utilidad del esfuerzo.

El número mantiene la estructura estable de la revista y sus secciones siguen recogiendo el volumen de trabajos acostumbrados, obedeciendo a las exigencias de interdisciplinariedad que alientan su selección. La sección de *Estudios* se abre con un trabajo de Ruth Martínón sobre dos variables relevantes en la línea editorial de la revista: *corrupción y derechos humanos* que se acompañan del trabajo de Víctor Manuel Andrade Guevara con sus consideraciones sobre la *cultura de la legalidad como objeto disciplinario*. Asimismo, la sección incorpora las aportaciones de dos filósofos del Derecho. La primera de Antonio Peña Freire, con una perspectiva teórico jurídica, se titula “*There must be Rules*”: *Gobierno de reglas y legalidad* y la segunda de Timothy Murphy, con una aproximación estimativa, se rotula *Dos teorías de la justicia social* y analiza algunas dimensiones de las construcciones teóricas de Michael J. Sandel y Amartya Sen.

La sección de *Foro y Ágora* se inicia con el trabajo del profesor Nicolás García Rivas provocativamente titulado *¿Rebelión en Cataluña? La Fiscalía de la Audiencia Nacional persigue “sombras rebeldes”* en el que analiza críticamente la pretensión de la citada institución de encausar algunas manifestaciones de diferentes instituciones catalanas bajo el ámbito del delito de rebelión cuya trayectoria histórica es analizada. La segunda aportación viene de la mano de Carmen Montesinos que evalúa la alternativa de canalizar mediante el recurso de revisión de sentencias la

ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España. Finalmente, el trabajo de María Cimmino aborda la cuestión de progresiva actualidad en el contexto del bioderecho y el deporte relativa a los límites normativos del uso de nuevas tecnologías médicas.

La sección de *Voces en Cultura de la Legalidad* aporta otras diez entradas nuevas cuya temática y aproximación metodológica mantienen la variedad de aproximaciones que la caracterizan. De esta manera, las tres primeras, escritas respectivamente por Cecilia Güemes, Elisenda Calvet y Micaela Alterio abordan tres conceptos fundamentales en el campo temático de la Cultura de la Legalidad: *Confianza; Impunidad y Constitucionalismo popular*. Alberto Palomar, Juan Santiago Ylari y, conjuntamente, Joan Navarro y Carmen Andrés contribuyen con las voces de *Buen Gobierno económico* analizado desde una perspectiva jurídica, *Emergencia económica* y, finalmente, *Lobbying*. La profesora Alicia Gil aporta la perspectiva jurídico penal en la voz *Crímenes contra la humanidad* y los internacionalistas Francisco Jiménez, en primer lugar, y Silvia Morgades, en segundo, las entradas de *Blanqueo de capitales* y *Refugiado* respectivamente. Finalmente, la procesalista Sabela Oubiña cierra la sección con la voz *Dilaciones indebidas*. Esperamos que los lectores coincidan con nuestro criterio de estimar estas aportaciones como útiles en la configuración de un léxico teórico en la materia.

El *Releyendo a...* se ocupa nuevamente de un destacado miembro del realismo jurídico norteamericano: Jerome Frank. La traducción y el estudio introductorio de un trabajo suyo, inédito en español, de mediados del siglo pasado viene de la mano de Sebastián Reyes.

Finalmente, el *Rincón de Lecturas* incluye las tres subsecciones que los últimos números de la revista se han venido presentando. Así, el *Debatiendo* incorpora, como en los números pares de la revista, una ponencia para la discusión. Su autora es Elisa de la Nuez y versa sobre un tema de indudable actualidad y trascendencia en el contexto de la lucha contra la corrupción. Me refiero a la temática conocida como *las puertas giratorias*. La subsección del *book fórum* se ocupa de un libro importante del profesor italiano Riccardo Guastini que el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales publicó hace poco más de un año con el título de *Interpretar y argumentar*. Las filósofas del Derecho Victoria Iturralde e Isabel Lifante se han encargado de analizar críticamente el mismo, dándose la ocasión de que el autor responda a las observaciones planteadas. Agradecemos singularmente al Profesor Guastini su disponibilidad para continuar este diálogo. En último lugar, la subsección de *Recensiones* recoge cinco comentarios de Rafael Jiménez, Lorena Ramírez, Óscar Capdeferro, Heber J. Campos y Ricardo Cueva sobre cinco libros recientes que estimamos de interés en el campo temático de la revista y que tiene como autores o editores a Manuel Villoria y Agustín Izquierdo; a José María Sauca; a Juli Ponce; a Frederick Schauer y, finalmente, a Antonio Negri.

En definitiva, entregamos el número 10 de la revista y damos cuenta con él de cinco años de trabajo. Seguimos cumpliendo e intentando mejorar los requisitos de transparencia, periodicidad, control de la calidad y gestión editorial homologados internacionalmente y seguimos apoyando la consolidación de un espacio de estudio, reflexión y debate académico sobre la materia de la Cultura de la Legalidad. La obtención de recientes proyectos de investigación por parte los investigadores que sustentan este empeño editorial animan a seguir manteniendo la expectativa de su continuidad y difusión. El sitio Web www.culturadelalegalidad.net dará próximamente cuenta de estas nuevas actividades que completarán las reflejadas en www.trust-cm.net. Termino esta presentación. Es el momento del lector. Gracias por estar ahí.

Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

Corruption and Human Rights. Particularly, The Inter-American Court of Human Rights

Ruth Martinón Quintero
Universidad de La Laguna
martqui@ull.es

Recibido / received: 12/01/2016
Aceptado / accepted: 26/10/2016

Resumen

Aunque la relación entre corrupción y vulneración de derechos humanos puede resultar intuitivamente evidente (los derechos humanos tratan de limitar el poder y la corrupción es un abuso de poder), su investigación es relativamente reciente. En este sentido es importante conocer en qué medida las agendas de la lucha contra la corrupción y de lucha a favor de la vigencia de los derechos humanos pueden vincularse y enriquecerse mutuamente; y, en particular, cómo los sistemas jurídico internacionales de protección de los derechos humanos pueden ser útiles en la lucha contra la corrupción. En concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha constituido en un campo jurídico internacional de ámbito regional propicio para explorar las posibilidades de combatir la corrupción a partir del conocimiento individual de casos de vulneración de derechos humanos a través del vínculo de la discriminación estructural.

Palabras clave

Corrupción, derechos humanos, Derecho Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

Relationship between corruption and human rights can be intuitively obvious: human rights try to limit power and corruption is an abuse of power. However, the investigation of such relationship is relatively recent. It is important to know how human rights movement and the agenda against corruption can be linked and mutually enriched. Particularly, it is interesting to see how human rights international legal systems can be useful in the fight against corruption. Inter-American Court of Human Rights has become a regional international legal

¹ La autora de este artículo se ha beneficiado del apoyo brindado por el proyecto “Identidades y ciudadanías. Fundamentos político jurídicos de la diversidad”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Plan Nacional I+D, número de expediente DER2012-36142. Asimismo, la autora quiere expresar su agradecimiento a los evaluadores anónimos de la revista que revisaron el artículo.

field auspicious to explore the possibilities to fight against corruption from individual cases of human rights violation through the link of structural corruption.

Keywords

Corruption, Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, International Law.

SUMARIO. 1. La relación entre corrupción y derechos humanos en la comunidad internacional. 2. La corrupción como violación de los derechos humanos. 3. Las interacciones entre el fomento de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción. 3.1. Derechos humanos como herramienta contra la corrupción. 3.2. Efectos de la lucha contra la corrupción en los derechos humanos. 3.3. Explicación de los efectos paradójicos. 3.4. Fundamentos y objetivos comunes de la defensa de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción. 4. Las aportaciones de la perspectiva de derechos humanos a la lucha contra la corrupción. 4.1. Legitimidad, contenido, empoderamiento y eficacia. 4.2. Los mecanismos jurídicos de derechos humanos y la corrupción. 5. Consecuencias jurídicas de la relación entre corrupción y derechos humanos. La labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 6. Conclusión.

1. La relación entre corrupción y derechos humanos en la comunidad internacional

En el ámbito de producción jurídica internacional no se ha abordado de manera conjunta la protección de los derechos humanos y el combate de la corrupción. De hecho, los instrumentos jurídico internacionales existentes referidos a la lucha contra la corrupción prácticamente no mencionan los derechos humanos, salvo los preámbulos de las Convenciones Penal y Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa², el Prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)³ y otros instrumentos menores⁴. Es especialmente significativo el caso de la CNUCC porque su redacción fue simultánea a la apertura del proceso de reflexión sobre la repercusión de la corrupción en los derechos humanos surgido en el Consejo Económico y Social y, sin embargo, la Convención no va más allá de recoger en su Preámbulo “la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”.

² “La corrupción amenaza el imperio de la ley, la democracia y los derechos humanos, socava la buena gobernabilidad, la honestidad y la justicia social, distorsiona la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en riesgo la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad”, Preámbulos del Convenio Penal contra la Corrupción y el Convenio Civil contra la Corrupción (en vigor desde el 1 de noviembre de 2003), convenios números 173 y 174, respectivamente, del Consejo de Europa.

³ “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”, Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Resolución de la Asamblea General el 31 de octubre de 2002, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005).

⁴ Directrices sobre la función de los fiscales Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, artículos 15 y 87.

Tampoco los tratados sobre derechos humanos establecen relación alguna entre estos y la corrupción, ni siquiera la mencionan, aunque uno de sus precedentes más célebres, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, comienza “considerando que la ignorancia, el olvido o el menoscabo hacia los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos”.

El proceso de reflexión e interés por estudiar el impacto de la corrupción en los derechos humanos en el seno de Naciones Unidas tomó forma con el encargo, en 2002, por parte de la Comisión de Derechos Humanos de un documento de trabajo⁵ sobre las repercusiones de la corrupción en la realización y disfrute de todos los derechos humanos, si bien con especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que todavía el marco conceptual preponderante respecto a la corrupción favorecía su visualización como un fenómeno dañino básicamente desde el punto de vista económico. Cuando en 2006 se celebró en Varsovia la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medidas Anticorrupción, Buen Gobierno y Derechos Humanos, se planteó como objetivo avanzar en la comprensión de las prácticas de buen gobierno que contribuyen a combatir la corrupción centrándose en los derechos humanos, para así “(a) incrementar en los participantes los conocimientos sobre la relación conceptual y funcional entre la corrupción y los derechos humanos; (b) mejorar la integración de los principios de derechos humanos y los principios de buen gobierno en las estrategias y políticas anticorrupción”.

Como explica Gathii (2009)⁶, la atención de la comunidad internacional a la corrupción surge en la década de los años noventa, ligada a las políticas de desarrollo económico tras el impulso del concepto de gobernanza por parte del Banco Mundial a finales de los años ochenta. Con el alcance de la independencia política por parte de los territorios sometidos a administración colonial, desde una perspectiva económica se llegó a considerar, durante los años 60 y 70, que los sobornos de los funcionarios de exteriores eran un coste necesario. Sin embargo, después se entendió que suponían un impedimento al éxito de las reformas económicas, y un retardo al crecimiento económico y al desarrollo. En 1996 se iniciaron procesos para alcanzar acuerdos de acción conjunta sobre corrupción en diferentes ámbitos regionales a partir de los cuales el Derecho Internacional ha buscado construir un marco común a las políticas nacionales de lucha contra la corrupción con el propósito de orientarlas y coordinarlas.

Precisamente, el origen distinto y hasta en ciertos sentidos opuesto de la lucha contra la corrupción y los derechos humanos explica que los protagonistas de ambas agendas con frecuencia no se hayan visto con confianza⁷: “aunque gran parte del trabajo que realizan es complementario, salvo algunas excepciones importantes, las organizaciones de derechos humanos y de anticorrupción no

⁵ Mbonu, Christy (2003), Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los Derechos económicos, sociales y culturales. Documento de trabajo presentado al Consejo Económico y Social, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/142/73/PDF/G0314273.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 30 de octubre de 2015).

⁶ GATHII, J. T. (2009), “Defining the Relationship Between Human Rights and Corruption”, en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31, pp. 125-202, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=jil> (fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015).

⁷ Para una explicación amplia del desencuentro entre los defensores de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción, véase ASTHANA, A. N. (2012), *Human Rights and Corruption: Evidence From a Natural Experiment*, en *Journal of Human Rights*, 11, pp. 526-536.

colaboran regularmente entre sí y tampoco comparten sus conocimientos y sus experiencias" (ICHRP, 2009, p. 81)⁸. Los agentes encargados de la lucha contra la corrupción no se han sentido cercanos a los activistas de derechos humanos (aunque hay países en los que sí han ido de la mano), y estos han solidado ver a los primeros demasiado vinculados al poder político frente al que posicionan sus demandas. "En ocasiones los activistas que combaten la corrupción han mencionado que los principios de derechos humanos impiden que se cumpla la ley en materia de combate a la corrupción, mientras que los activistas de derechos humanos en ocasiones argumentan que ciertas prácticas de combate a la corrupción vulneran los derechos humanos" (ICHRP, 2011, p. 69)⁹. Incluso se ha descrito un distanciamiento ideológico entre ambos movimientos de acción internacionales: los movimientos de derechos humanos se visualizan más cercanos a los progresistas de izquierdas, mientras las reformas anticorrupción con frecuencia se han ligado a reformas neoliberales. Sin embargo, como recogen González y Nash (2011, p. 17)¹⁰, la realidad es más compleja, no solo desde la perspectiva ideológica (por ejemplo, hay corrientes de derechos humanos más liberales y otras más republicanas), sino también desde la conexión o no de agendas. En Venezuela, que no sufrió las dictaduras y la represión experimentada en los países del Cono Sur, el movimiento anticorrupción siempre tuvo por objetivo la lucha contra la pobreza y promover los derechos de las personas; incluso hay capítulos de Transparencia Internacional en América Central que nacieron como organizaciones de derechos humanos.

En cualquier caso, la mejor prueba de que la relación entre corrupción y derechos humanos no solo existe, sino que puede ser muy productiva es que desde que se ha comenzado a indagar sobre ella se han encontrado variadas y complejas conexiones que han dado lugar al desarrollo de diferentes perspectivas de aproximación al problema. Los investigadores, las instituciones dedicadas a estos temas e incluso instancias jurisdiccionales del ámbito internacional muestran las posibilidades de sinergias, de modo que pese a los posibles puntos de fricción, tanto la agenda de lucha contra la corrupción como la agenda en pro de los derechos humanos pueden enriquecerse mutuamente.

En el Informe de 2013¹¹ sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos del Consejo de Derechos Humanos ya se afirma que la lucha contra la corrupción solo puede ser plenamente eficaz a través de un enfoque de derechos humanos (CDH, 2013, p. 6), que la lucha contra la corrupción forma parte de la lucha por el respeto de los derechos humanos y que es lamentable que durante años los esfuerzos realizados para luchar contra la corrupción y velar por los derechos humanos hubieran avanzado de forma paralela y

⁸ CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (2009): *La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo*, ICHR, Ginebra, accesible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf (fecha de consulta: 28 de octubre de 2015).

⁹ CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (2011), *La Integración de los Derechos Humanos en la Agenda de Combate a la Corrupción: Retos, Posibilidades y Oportunidades*, ICHR, Ginebra, accesible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ichrp.org/files/reports/63/131b_report_es.pdf (fecha de consulta: 28 de octubre de 2015).

¹⁰ GONZALEZ LE SAUX, M. y NASH ROJAS, C. (editores) (2011), *Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos. Informe de la tercera reunión regional de especialistas*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/87.pdf> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2015).

¹¹ CONSEJO DE DERECHO HUMANOS (2013) *Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, accesible en la siguiente dirección: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session5/G1313231s.pdf> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2015).

no conjunta, considerándose importante el establecimiento de una mayor sinergia entre las actividades anticorrupción del sistema de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) (CDH, 2013, p. 8).

2. La corrupción como violación de los derechos humanos

La corrupción impide que los Estados cumplan con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. La corrupción supone siempre, como mínimo, consecuencias negativas para los derechos humanos en tanto genera un vaciado del espacio propicio para su respeto. Ello es así porque impide una asignación justa de los recursos (con el desvío de fondos necesarios para hacer efectivos los derechos, especialmente de acceso a los servicios público), obstaculiza la inclusión (fijando quién participa y quién no, excluyendo a los grupos más vulnerables) y en cuanto impide la rendición de cuentas no permite la determinación de los responsables de las violaciones de los derechos humanos ni, por tanto, la garantía obligada de los mismos. La corrupción dificulta el hacer efectiva la democracia y el estado de derecho. El principio de igualdad y la no discriminación¹² son un fundamento básico de los derechos humanos, y la corrupción impide la no discriminación y fomenta la desigualdad, pues los pobres se ven afectados de manera desproporcionada por la corrupción¹³ del mismo modo que los otros grupos sociales que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Por definición, la corrupción resulta discriminatoria¹⁴ tanto por su propósito, como por su efecto (ICHRP, 2009, p. 36). Por todo ello, se evidencia que la corrupción es un obstáculo estructural al ejercicio de los derechos humanos.

Junto a esta relación general entre corrupción y derechos humanos, en ocasiones pueden determinarse actos concretos de corrupción que suponen violaciones de derechos humanos, y, por tanto, un incumplimiento del Estado, por acción o por omisión, de sus obligaciones legales nacionales o internacionales. Para aplicar el marco conceptual de los derechos humanos con potencial efecto legal es necesario distinguir entre las prácticas corruptas que directamente violan un derecho humano (cuando el acto de corrupción es realizado deliberadamente como medio para violar un derecho); las prácticas corruptas que conducen a la violación de un derecho humano (la corrupción es un factor esencial en una cadena de hechos que finalmente lleva a la violación de un derecho pero que, en sí misma, no viola un derecho); y las prácticas corruptas en las que no puede establecerse un vínculo

¹² El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha definido la discriminación como cualquier “distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Observación General N°. 18, párrafo 7, CDH).

¹³ Como muestra el Barómetro Global de la Corrupción, tanto por la proporción que puede suponer el pago de sobornos en el total de sus ingresos (por ejemplo, Global Corruption Barometer, 2013, p. 9), como por el hecho de que es en los países más pobres donde la población paga más sobornos: hasta un 75% de la población dice haber tenido que pagar sobornos el último año para el acceso a servicios públicos en Liberia o Sierra Leona, frente a menos del 5% de Australia, Noruega o España, entre otros (Global Corruption Barometer, 2013, p. 11).

¹⁴ Puede existir discriminación aun cuando no se afecte un derecho específico (aparte del derecho a la igualdad). El Artículo 26 del PIDCP prohíbe cualquier discriminación por ley o por hechos en cualquier campo regulado y protegido por las autoridades públicas y su aplicación no se limita a aquellos derechos contemplados en el PIDCP. Por ello las normas anti discriminación dejan claro que la prohibición no se limita a los derechos establecidos por el instrumento específico, sino que se trata de una prohibición general. Por ejemplo, el Artículo 26 del PIDCP, el Artículo 3 de la CADHP, el Artículo 24 de la CADH y el Protocolo N°. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) establecen derechos autónomos para la igualdad. Su aplicación no se limita a los derechos contenidos en esas Convenciones, sino que prohíben cualquier tipo de discriminación (ICHRP, 2009, pp. 37 y 39).

causal con una violación de derechos específicos más que de una manera remota (el acto corrupto es uno más entre un conjunto de factores que rodean la vulneración de un derecho fundamental) (ICHRP, 2009, p. 28 y ss). Como veremos, la posibilidad de establecer un vínculo con relevancia legal entre el acto de corrupción y la violación de los derechos es lo que permitirá abordar la corrupción desde los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

En función de qué tipo de corrupción observemos, veremos un tipo u otro de violaciones de los derechos humanos. Los tratados de lucha contra la corrupción no dan una definición legal general de la misma, sino que recogen las conductas que habrían de ser objeto de su tipificación como delitos en el derecho interno de cada Estado parte, de modo que esas conductas serían la plasmación práctica de lo que se entiende por corrupción. En ese sentido obra el Capítulo III de la CNUCC (que recoge el soborno, la malversación, el tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, soborno y malversación en el sector privado, etc.). Por ello, es habitual recurrir a la definición de Transparencia Internacional de la corrupción como el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados, para a continuación introducir los matices necesarios a los intereses de cada investigación.

La que podemos denominar corrupción clásica se expresa en la aplicación de la norma: un sujeto investido de un poder público ya determinado legalmente hace un mal uso del mismo para sacar un provecho propio. Es individual y pública, e íntimamente ligada a los contextos de países pobres donde la relación coste beneficio promueve este tipo de corrupción en la medida en que el funcionario percibe importantes posibilidades de enriquecerse con poca probabilidad de que le descubran o, en su caso, sea castigado por ello (Castresana, 2007, p. 12)¹⁵. En este caso, la magnitud del daño variará especialmente en función de la posición del sujeto corrupto: cuando mayor sea su poder, más daño podrá hacer porque podrá malversar más cantidad de recursos, generar una discriminación con efecto en más personas, etc. (es la denominada “gran corrupción”). Básicamente afecta a los derechos humanos de dos formas: encareciendo o imposibilitando el acceso a un servicio por la exigencia de soborno; o, en el caso de malversación de fondos públicos: imposibilita o reduce la calidad de los servicios necesarios para cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales (en especial se ven afectados los derechos a la salud, la vivienda, el agua potable y la educación)¹⁶.

La corrupción sistémica es aquella que incide en la creación de la norma. Se produce con la exclusión de determinados grupos sociales por parte de los que logran hacerse de manera monopolística con el control de lo público, en lo que ha sido descrito como la captura del Estado¹⁷. De este modo, no se legisla ni se dictan las políticas en beneficio del interés general, así que aunque se verán afectados todos los derechos humanos, los derechos económicos, sociales y culturales sufrirán especialmente el desvío de recursos públicos. Este tipo de corrupción generalmente refleja una ubicación del centro de poder en las grandes corporaciones económicas de donde salen los recursos para financiar las campañas electorales cada vez más caras. En cualquier caso, el desvío o agotamiento de los recursos del Estado impide que éste cumpla con su obligación de maximizar los

¹⁵ CASTRESANA, C. (2007), “Prosecution of corruption cases and respect of human rights”, en *The International Council on Human Rights Policy. Review Meeting. Corruption and Human Rights. Geneva, 28-29 July*, accessible en <http://www.ichrp.org/files/papers/123/131 - Carlos Castresana - 2007.pdf> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2015).

¹⁶ “El dinero sustraído anualmente mediante la corrupción sería suficiente para alimentar a la población hambrienta del mundo multiplicada por 80” (CDH, 2013, p. 3)

¹⁷ Véase, por ejemplo, la incidencia de la corrupción en la financiación política en ICHRP, 2011, p. 49 y ss.

recursos disponibles con el fin de lograr progresivamente la completa realización de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), tal y como obliga su artículo 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”¹⁸. Esta corrupción también es especialmente dañina respecto a los grupos más vulnerables, porque supone la vulneración de sus derechos de participación, acentuando y reproduciendo su discriminación y exclusión, y, por tanto, la vulneración de sus derechos humanos.

Actualmente es necesario incluir en el concepto de corrupción al sector privado y no solo por el papel de los actores no estatales como corruptores de un servidor público. También pueden darse actos de corrupción entre entidades comerciales (CDH, 2015, p. 4)¹⁹, y los actores no estatales conforman el grupo que se ha llegado a considerar el de los principales violadores de derechos humanos de nuestros días: “corporaciones, grupos armados irregulares, organizaciones terroristas, mafias y bandas organizadas: aquellos que juegan sin reglas” (Castresana, 2007, p. 6). De cualquier modo²⁰, los Estados contravienen sus obligaciones en materia de derechos humanos cuando no “toman las medidas apropiadas ni ejercen la diligencia debida para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño causado con tales actos por las personas o entidades privadas” (Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación General 31).

En los últimos años se ha trabajado mucho para lograr la sujeción de las empresas privadas a la normativa internacional de derechos humanos, principalmente haciendo que rindan cuentas indirectamente por medio del Estado que está obligado a regularlas. Por todo ello, es imprescindible incluir al sector privado tanto en la lucha contra la corrupción como en la vinculación de esta con los derechos humanos, y atender a las violaciones de derechos humanos que se realizan por actores no estatales. Incluso podemos afirmar que se trata de una perspectiva imprescindible por el protagonismo que las grandes corporaciones tienen en la corrupción (por ejemplo, a través de la denominada maldición de los

¹⁸ “En el marco jurídico internacional de derechos humanos se han desarrollado estándares específicos en relación a la forma en que se facilita el acceso a derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo: Disponibilidad—Implica que los servicios públicos son suficientes en cantidad y calidad para cubrir las necesidades de la comunidad. Accesibilidad—Un elemento que requiere que los servicios sean distribuidos y proveídos a una sola comunidad sin discriminación y que estén al alcance de todas las personas (implica acceso físico y económico, pero también acceso a la información). Aceptabilidad—El principio requiere que los servicios respeten valores y culturas locales y deben ser aceptables en forma y contenido para las personas. Adaptabilidad—Implica que los servicios deben adaptarse a las necesidades de las comunidades o individuos en diversos escenarios sociales y culturales y a cambios en los escenarios locales y nacionales. La corrupción impacta cada uno de estos principios, pero diferentes tipos de corrupción impactan a cada uno de manera diferente y a los elementos que lo integran” (ICHRP, 2011, p. 55).

¹⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2015), *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, accesible en www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A_HRC_28_73_SPA.doc (fecha de consulta: 8 de noviembre de 2015).

²⁰ “El Estado tiene que ofrecer protección frente a todo efecto negativo para los derechos humanos derivado de actos de corrupción protagonizados por el sector privado” como se entiende en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”, que aunque no establece una conexión explícita entre empresa, derechos humanos y corrupción, sí entiende que el Estado ha de velar por que la corrupción no interfiera en su obligación de ofrecer protección frente a los atentados contra los derechos humanos cometidos en el ámbito empresarial (CDH, 2015, pp. 4 y 5).

recursos) y en la violación de derechos humanos de muchos países (Terracino, 2007, p. 5)²¹.

Todos estos tipos de corrupción, pero especialmente la sistémica, puede considerarse estructural cuando no es algo que suceda de forma excepcional, sino que es lo habitual y supone un escenario más complejo que la infracción de la norma porque forma parte de un marco institucional y cultural más amplio. Como explican González y Nash (2011, p. 26) el problema no es solamente un incumplimiento de normas por parte de los agentes del Estado, o un problema que se resuelva con un cambio legislativo, sino que también implica desafíos de diseño institucional, de modificación de procedimientos, y de cambios culturales que involucran no solo al Estado sino a la sociedad en su conjunto. Porque la corrupción es una actividad social moldeada por nociones culturales; una expresión social de poder que permite que algunas personas (primordialmente funcionarios de gobierno y líderes empresariales) controlen y opriman económica, política y culturalmente a otros. Por ello, en esos contextos, las políticas anticorrupción no deben tratar la corrupción como si fuera un acto de egoísmo aislado y oportunista. La corrupción estructural supone la violencia estructural que se expresa con la negación a los grupos en desventaja el acceso equitativo a la tierra, el empleo, la educación, las instalaciones médicas, la vivienda (ICHRP, 2001, p. xix). De este modo, la corrupción coadyuva a mantener en la exclusión a los grupos más vulnerables que son los que se ven más afectados por la discriminación constante que genera la corrupción del sistema. Los más vulnerables (mujeres, niños, pobres, minorías, indígenas, discapacitados, enfermos de SIDA, trabajadores inmigrantes...) están más expuestos a sufrir la corrupción o a que ésta les haga más daño. En ocasiones tienen menos recursos para sortear la corrupción; en otras, les hace más daño el pago del soborno exigido al suponer un porcentaje mayor de sus recursos; si sufren estigma o se les considera de algún modo en situación irregular, es más fácil su extorsión pues es menos probable que se atrevan a denunciar. Cuando la corrupción es un fenómeno estructural (probable, generalizado, impune) no solo puede significar la vulneración de los derechos humanos en casos individuales, sino también puede transformarse en obstáculo estructural al ejercicio y al goce de tales derechos (Nash *et al.*, 2014, p. 27)²².

3. Las interacciones entre el fomento de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción

El fomento de los derechos humanos afecta a la corrupción y la lucha contra la corrupción incide en los derechos humanos, pero no siempre se dan meras interacciones positivas.

3.1. Derechos humanos como herramienta contra la corrupción

Naciones Unidas afirma que “Reforzar el goce de los derechos humanos en general, y de derechos civiles o políticos específicos y el principio de no discriminación en particular, es un valioso instrumento de lucha contra la corrupción” (CDH, 2015, p. 11). Supone crear una sociedad civil bien informada y capaz de rechazar la

²¹ TERRACINO, J. B. (2007), “Hard Law Connections Between Corruption and Human Rights”, en *The International Council on Human Rights Policy. Review Meeting. Corruption and Human Rights*. Geneva, 28-29 July, accessible en http://www.ichrp.org/files/papers/130/131 - Julio_Bacio_Terracino - 2007.pdf (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2015).

²² NASH ROJAS, C. (2014) (Director de Proyecto), Pedro Aguiló Bascuñán y María Luisa Bascur Campos (Investigadores), Matías Meza-Lopehandía (Consultor Externo): *Corrupción y Derechos Humanos: una Mirada desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho. Universidad de Chile, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/109.pdf> (fecha de consulta: 28 de octubre de 2015).

corrupción en todas sus formas y en cualquier circunstancia. Es decir, una ciudadanía que de verdad goza de sus derechos civiles y políticos, sin problemas de discriminación y con posibilidades de una participación real, que tiene garantizados sus derechos económicos, sociales y culturales, está en una posición ventajosa para exigir al poder político la transparencia necesaria para llevar a cabo una correcta exigencia de rendición de cuentas y, en su caso, perseguir y hacer responder ante la justicia a los posibles corruptos.

Pese a la coherencia lógica de la perspectiva expuesta, hay experiencias que parecen mostrar la posibilidad de que se produzcan efectos paradójicos. En ese sentido, Gathii (2009) ha denunciado cómo en Kenia se han usado los derechos humanos de forma que se ha favorecido el florecimiento o la consolidación de la corrupción. Especialmente hace hincapié en cómo el derecho a un proceso justo sin dilaciones indebidas es utilizado por los funcionarios corruptos para evitar la rendición de cuentas y el castigo por actos de corrupción llevados a cabo en el marco de una cultura de impunidad (la dificultad de enjuiciar los casos de corrupción se entiende como una licencia para perpetrar posteriores actos corruptos). También denuncia que en el país africano, como en otros del continente, aquellos que sufren más la corrupción (empobreciéndolos cada día más) son los que más difícil tienen el poder acceder a un sistema judicial concebido para facilitar la implementación de las reformas de mercado y proporcionar seguridad jurídica a los inversores (aseguramiento de la propiedad privada, cumplimiento de los contratos). De modo que se defiende la necesidad de acompañar las medidas anticorrupción que solo refuerzan algunos derechos civiles, con una perspectiva que incluya los derechos económicos, sociales y culturales y que, en definitiva, sirvan a la mayor parte de la población en situación de pobreza y marginalidad²³.

En un sentido similar, el ICHRP (2009, p. 44) también ha denunciado que de igual forma que el principio al debido proceso puede utilizarse para combatir la corrupción, puede ser también empleado para su abuso: en los litigios sobre delitos de corrupción y fraude financiero, una de las estrategias más comunes de la defensa legal consiste en presentar mociones de demora para obstaculizar el desarrollo de la investigación judicial.

3.2. Efectos de la lucha contra la corrupción en los derechos humanos

Por otro lado, la corrupción es un obstáculo para los derechos humanos; vulnera los principios básicos de los derechos humanos relacionados con la transparencia, la rendición de cuentas, la discriminación y la participación, y obstaculiza el mandato del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo de reducir la pobreza y promover el desarrollo sostenible (CDH, 2013, p. 5). Por tanto, podemos afirmar que “la lucha contra la corrupción es, en sí misma, una forma de prevenir las violaciones de los derechos humanos. Al fomentar los componentes necesarios de la buena gobernanza como los derechos civiles y políticos, la transparencia y la rendición de cuentas, los derechos humanos y la labor para combatir la corrupción pueden reforzarse mutuamente” (CDH, 2015, p. 12). La transparencia y la información permiten adoptar decisiones informadas, y limita las oportunidades de abuso de las que disponen los políticos, policías y jueces.

Como ya hemos visto, en general, los profesionales de los derechos humanos no han tratado las violaciones de los mismos desde la perspectiva de la corrupción. Sin embargo, la defensa de los derechos humanos puede verse beneficiada por la incorporación de conceptos y perspectivas propias de la agenda

²³ Gathii menciona como ejemplo a seguir el papel del Banco Asiático de Desarrollo en la medida asume como objetivos el acceso social de los pobres a los bienes y servicios públicos (p. 186)

anticorrupción, además de por los efectos positivos que la propia incorporación de la perspectiva de derechos humanos en la lucha contra la corrupción revierta sobre los mismos. Observar el papel que juega la corrupción en las violaciones de derechos humanos puede servir para incrementar la eficacia de la labor por salvaguardarlos, especialmente a través de la profundización en sus causas (sobre todo si son estructurales) y de cara a evitar la repetición. Desde una perspectiva más concreta, la experiencia de la lucha anticorrupción invita a los defensores de derechos humanos a prestar especial atención a las contrataciones públicas para vigilar todos los niveles de contratación, vigilar de manera especial la ayuda al desarrollo (ICHRP, 2009, p. 86) y aprovechar la experiencia que las organizaciones anti corrupción tienen en el análisis presupuestario para evaluar las prioridades de los gobiernos e incrementar la transparencia sobre el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, principalmente lo referido a los derechos económicos, sociales y culturales (ICHRP, 2011, p. 39).

Por otro lado, las mismas medidas de lucha contra la corrupción pueden dar lugar a violaciones de los derechos humanos. Hemos visto los efectos de una atención sesgada a los derechos en la lucha anticorrupción en el caso de Kenia. Desde una perspectiva aún más crítica se ha expuesto el peligro de que el discurso anticorrupción evite la realización de derechos económicos, sociales y culturales, incluso expandiendo la capacidad coercitiva del Estado y, por tanto, su poder para cometer violaciones de muchos derechos civiles y políticos. El discurso anticorrupción no es neutral, ha solidado ignorar los derechos y las necesidades de las comunidades más marginadas, y con frecuencia ha estado ligado a unas agendas de liberalización económica que debilitan los métodos tradicionales para respetar los derechos económicos, sociales y culturales sin proveer instrumentos nuevos con dicha finalidad (Rajagopal, 1999²⁴).

Transparencia Internacional²⁵ pone de manifiesto cuatro aspectos en los que la lucha contra la corrupción puede entrar en conflicto con los derechos humanos. Observa que los gobiernos pueden violar los derechos humanos al aprovechar una agenda anticorrupción para luchar contra sus oponentes políticos aplicando de manera selectiva la legislación anticorrupción, o legislando medidas anticorrupción que violan derechos humanos como el derecho a la privacidad, presunción de inocencia...²⁶ Incluso los instrumentos internacionales pueden presentar puntos débiles en el respeto de los derechos humanos y en ese sentido se menciona el artículo 20 de la CNUCC que al permitir a los Estados signatarios considerar delito cualquier incremento significativo del patrimonio de un funcionario con respecto a sus ingresos legítimos que no se pueda justificar de manera razonable, coloca la carga probatoria en el acusado, lo cual podría considerarse que viola el derecho de los individuos a la presunción de inocencia tal y como recoge el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). Por último, las medidas anticorrupción pueden afectar a los sectores marginados y bloquear su acceso a servicios esenciales cuando han accedido a ellos por redes o

²⁴ RAJAGOPAL, B. (1999), "Corruption, Legitimacy and Human Rights: The Dialectic of the Relationship" en *Connecticut Journal of International Law*, 14, 2, pp. 1-11, accessible en la siguiente dirección electrónica: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=940042 (fecha de consulta: el 28 de noviembre de 2015).

²⁵ Transparencia Internacional (2008), "Los derechos humanos y la corrupción", en *Dcomeuntos de Trabajo*, 05/2008, accesible en la siguiente dirección electrónica http://issuu.com/transparencyinternational/docs/2008_5_humanrightsandcorruption_es/8 (fecha de consulta: 5 de noviembre de 2015).

²⁶ A veces se plantea hasta qué punto las investigaciones de los casos de corrupción generan condiciones específicas para las violaciones de derechos humanos (Castresana, 2007, pp. 1 y 11).

prácticas informales fruto de prácticas corruptas²⁷. El incorporar una perspectiva de derechos humanos puede implicar una mayor atención del impacto de las medidas anticorrupción y se podrían evitar mejor esos riesgos.

3.3. Explicación de los efectos paradójicos

En el fondo, muchos de estos efectos paradójicos de la hipotética sinergia entre lucha anticorrupción y derechos humanos, van ligados a una imbricación errónea o incompleta de ambas perspectivas. En ocasiones, la lucha contra la corrupción no atiende a todos los derechos humanos porque realmente su fin último no están siendo las personas sino otros objetivos como el crecimiento económico. Del mismo modo que a veces la defensa parcial de ciertos derechos humanos ignorando el resto y, sobre todo, ignorando los derechos y principios transversales de igualdad y no discriminación y participación, puede no ayudar a la lucha contra la corrupción. Todo esto se vincula a la necesidad común a ambos objetivos de ausencia de corrupción y derechos humanos, de un contexto de Estado de Derecho y democracia, donde se den verdaderas descentralizaciones/divisiones del poder político, y donde la participación política esté de verdad extendida a toda la ciudadanía dentro de un marco de respeto a la legalidad²⁸.

Solo en ese escenario los derechos humanos cumplen su función de garantía de las libertades individuales de todos y en igualdad, al menos legal, frente al poder político, y el fortalecimiento de la justicia. Precisamente, se ha considerado que son situaciones de alto riesgo para que la corrupción suponga violaciones generalizadas de derechos humanos: la de los países ricos en recursos naturales que carecen de instituciones democráticas fuertes; durante los períodos de reconstrucción después de un conflicto, y cuando se implementan grandes proyectos de infraestructura sin que se tengan en cuenta los derechos humanos (ICHRP, 2009, p. 69); además, obviamente, de las propias situaciones de vigencia de conflicto (Bohara *et al.*, 2008, pp. 4 y 5)²⁹.

La dicotomía entre la necesidad de no usar la lucha anticorrupción para vulnerar derechos, pero tampoco mal usar los derechos para proteger “de más” a los acusados de corrupción debería resolverse con la protección correcta de los derechos (políticos, al debido proceso, a la vida privada...) de los acusados de corrupción (Nash *et al.*, 2014, p. 58 y ss). Observamos que el término “consecuencias negativas en los derechos humanos” es más amplio que el de “vulneración de los derechos humanos”. Un tribunal solo puede juzgar violaciones de los derechos humanos pero las medidas anticorrupción pueden luchar contra ella teniendo en cuenta un abanico mayor de consecuencias negativas para los derechos humanos derivadas de la implementación de sus medidas y programas (CDH, 2015, p. 8).

²⁷ TI pone como ejemplos la desarticulación de redes informales de suministro de agua que existen gracias a la corrupción y a los contactos personales, o cuando los individuos en asentamientos informales que han aprovechado la práctica del soborno y el descuido del gobierno para ocupar ciertas áreas son desalojados sin alternativas viables que les permitan ejercer su derecho a una vivienda digna (TI 2008, p. 5). En ese sentido se ha llegado a describir un aspecto de la relación entre corrupción y derechos humanos en el sentido de corrupción como protección de los derechos humanos (Terracino, 2007, p. 6).

²⁸ Gathii (2009) defiende como parte de la solución para Kenia la verdadera democratización de las estructuras social, económica y política del país (pp. 197-8 y 202)

²⁹ BOHARA, A. K.; MITCHELL, N. J.; NEPAL, M. and RAHEEM, N. (2008), “Human Rights Violations, Corruption, and the Policy of Repression” en *Policy Studies Journal*, 36, 1, pp. 1-18.

3.4. Fundamentos y objetivos comunes de la defensa de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción

En el fondo de toda la compleja interacción entre derechos humanos y lucha contra la corrupción se encuentran unos fundamentos y objetivos comunes básicos. Aunque las agendas de los derechos humanos y de lucha contra la corrupción hayan andado básicamente de manera paralela, lo cierto es que su fundamento último es el mismo, como “dos caras de una misma moneda” en el discurso de la legitimidad estatal (Rajagopal, 1999). La legitimidad del poder estatal se fundamenta en la protección del interés general, en el beneficio del conjunto de la comunidad y no en el de solo unos pocos. En última instancia, encontramos el fundamento lockeano de la democracia liberal: el Estado existe para proteger los derechos de los ciudadanos. Así, el respeto a los derechos humanos ha llegado a constituirse desde la perspectiva del Derecho Internacional en la principal fuente de legitimidad del Estado. El discurso de los derechos humanos no trata directamente sobre el abuso de poder que realiza el funcionario en beneficio propio, aunque sí de la violación de los derechos por parte del poder público, de modo que comienza a interesarse en el funcionamiento del gobierno desde el momento en que dichos derechos se ven afectados negativamente por el mismo.

En el Informe del Consejo de Derechos Humanos de 2013³⁰ se recogen como principios comunes a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción: la transparencia, la responsabilidad, la participación de los ciudadanos, el estado de derechos, la libertad de expresión, el derecho a la información la igualdad y no discriminación, así como la equidad y la justicia. Un poder judicial independiente; la libertad de expresión, la libertad de prensa y el acceso a la información; la transparencia del sistema político y la rendición de cuentas son esenciales en la lucha contra la corrupción, pero también son elementos imprescindibles para garantizar el disfrute de los derechos humanos. Cuando los mecanismos de control del poder son débiles o no existen, se facilita la corrupción y las violaciones de derechos humanos.

Actualmente, una vez enriquecida la concepción de la lucha contra la corrupción con la perspectiva política y humana de sus víctimas, encontramos algunos derechos humanos especialmente vinculados a ella: el derecho a la información y la libertad de expresión, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y el derecho a la participación, por su carácter transversal y por su poder explicativo de la potencialidad de la conexión entre corrupción y derechos humanos. El incremento de la participación gracias a la reducción de la discriminación aumenta la eficacia de la rendición de cuentas, la equidad en la asignación de los recursos y dificulta la “captura del Estado”. Junto a la conexión causal bidireccional entre corrupción y derechos humanos, hay o debe haber un objetivo común: la profundización de la democracia y, en particular, la atención a los más vulnerables.

4. Las aportaciones de la perspectiva de derechos humanos a la lucha contra la corrupción

“Si la corrupción surge donde existe la inclinación y la oportunidad, un enfoque desde los derechos humanos puede ayudar a minimizar las oportunidades para el comportamiento corrupto y posibilitar que aquéllos que son corruptos puedan ser capturados y sancionados debidamente” (ICHRP, 2009, p. 7). La acción de lucha

³⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2013), Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, accesible en la siguiente dirección: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session5/G1313231s.pdf> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2015).

contra la corrupción supone una exigencia de responsabilidad a las personas que incurren en comportamientos corruptos, tanto por la vía penal como desde la perspectiva del derecho privado³¹. El enfoque de derechos humanos no supone renunciar a esos mecanismos, sino definir otras vías que logren una lucha contra la corrupción más eficaz y con menos efectos colaterales no buscados o indeseados, negativos desde la perspectiva del respeto a los derechos humanos y, en particular, la protección de los más vulnerables. La perspectiva de los derechos humanos suma a la clásica atención sobre los autores de la corrupción, la atención sobre sus víctimas, “poniendo de relieve las repercusiones negativas de esos actos en la persona en cuestión, los grupos generalmente afectados (con frecuencia grupos marginados) y la sociedad en general” (CDH, 2015, p. 10).

4.1. Legitimidad, contenido, empoderamiento y eficacia

El mostrar cómo la corrupción viola los derechos humanos puede generar un incremento de la simpatía de los ciudadanos a la lucha contra la corrupción, generando un incremento de la legitimación de sus programas. Al mostrar a las víctimas de corrupción como víctimas de violación de derechos humanos, los ciudadanos toman una conciencia mayor de los efectos nocivos de la corrupción y de la necesidad de combatirla. La incorporación del énfasis en las víctimas es importante para convertir el problema de la corrupción en una cuestión pública. Además, la enseñanza, sensibilización y educación en derechos humanos incrementa la conciencia acerca de lo perjudicial y nocivo de la corrupción. Es más, la percepción de la corrupción como violación de derechos humanos puede animar a sectores mayores de la ciudadanía a unirse a la lucha contra la corrupción e incluso empoderar a las víctimas de corrupción para que reclamen reparación (Terracino, 2008, p. 2)³².

Los programas anticorrupción se centran en los procesos, defendiendo cierta neutralidad en el contenido de las políticas. La incorporación de los derechos humanos pone en evidencia las limitaciones de ese enfoque, principalmente en la medida en que suele suponer el olvido de los grupos vulnerables que por su propia debilidad son las presas principales de la corrupción. Existen muchos ámbitos donde el dotar de contenido al proceso puede ser especialmente interesante. Por ejemplo, no solo hay que crear sistemas judiciales imparciales en tanto que independientes; hay que hacer posible que los menos favorecidos puedan acceder a un juicio que no les resulte imposible por los costos, la distancia, la dilatación en el tiempo en el proceso, o incluso la lengua utilizada en el mismo. Del mismo modo ocurre con los procesos de participación: muchos mecanismos formalmente correctos de participación no facilitan la participación de los que más necesitan hacer uso de ese derecho para invertir su situación de discriminación.³³ En este sentido parece razonable que los gestores de políticas públicas se pregunten de qué manera los programas anticorrupción afectarán a las personas en situación de especial vulnerabilidad.

³¹ Que, entre otros aspectos, incide en la indemnización de las víctimas (especialmente la Convención Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa de 1999), y la misma CNUCC contempla tanto la necesidad de adoptar medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción (artículo 34) como el derecho de los perjudicados por la corrupción a obtener una indemnización (artículo 35).

³² TERRACINO, J. B. (2008), “Corruption as a violation of human rights” en *International Council on Human Rights Policy. Documentos de Trabajo*, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ichrp.org/files/papers/150/131_terracino_en_2008.pdf (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015).

³³ Un ámbito muy propicio para la corrupción son las licitaciones públicas. La apertura de su monitoreo a más grupos sociales servirá para ir más allá de exigir el cumplimiento de los aspectos procesales y añadir la idoneidad de los servicios: “adoptar un enfoque de derechos humanos complementaría esto identificando si las decisiones cubren necesidades sociales y cumplen objetivos sociales esenciales” (ICHRP, 2011, p. 47).

La participación se reivindica a través del derecho a voto y a presentarse como candidato a elecciones, el derecho al acceso equitativo a los servicios públicos y las libertades de reunión y asociación; además, ha de completarse para hacerse realidad con los derechos a comunicarse e informarse libremente, sin los que los anteriores difícilmente pueden hacerse realidad. Por tanto, la participación es un elemento fundamental en la lucha contra la corrupción (como reconoce la CNUCC, especialmente en su artículo 13), un elemento imprescindible en un sistema de rendición de cuentas efectivo. Sin embargo, con frecuencia, la participación se limita a aspectos formales insuficientes (tanto desde una perspectiva de su escasa amplitud —quiénes participan— como de su poca profundidad —grado de influencia—³⁴) para hacer efectiva una participación eficaz.

El empoderamiento de los más vulnerables a través del discurso de los derechos junto a políticas que atacan las discriminaciones estructurales pueden aumentar la participación y el ejercicio de rendición de cuentas por parte de la ciudadanía. Las organizaciones de derechos humanos han desarrollado mecanismos novedosos de rendición de cuentas que involucran a una amplia gama de actores sociales (asociaciones de la sociedad civil, ONGs, cooperativas, universidades, movimientos sociales...). Su labor gira, principalmente, en torno a promover la participación efectiva en la vida pública e incluye iniciativas de la ciudadanía para combatir o prevenir actos de corrupción. Buscan movilizar a la población e incluso tienden a colocar a aquellos directamente afectados por violaciones de derechos humanos en posiciones de liderazgo. “Si bien estos mecanismos de exigencia de rendición de cuentas de abajo a arriba no reemplazan a las instituciones anticorrupción tradicionales o a otros mecanismos de rendición de cuentas horizontal, al enfocarse en los derechos de grupos que sufren discriminación y pobreza, echan luz sobre las consecuencias de la corrupción que no necesariamente destacarían en otras formas de mecanismos de rendición de cuentas. Como resultado, estas iniciativas amplían el campo de acción e integran a nuevos actores en el juego, lo que puede forzar a los estados a considerar cuestiones más extensas de desigualdad y justicia social y a emprender acciones para enfrentar formas de corrupción que específicamente dañan el bienestar de la población que está marginada y en condiciones de pobreza.” (ICHRP, 2011, pp. 30-31).

En definitiva, la lucha contra la corrupción solo puede ser plenamente eficaz a través de un enfoque de derechos humanos. La atención exclusiva en el desarrollo económico es incompatible con el éxito de sus objetivos; es necesario un enfoque centrado en los derechos humanos que ponga de manifiesto los efectos devastadores que la corrupción tiene en la vida de las personas. El incremento de la eficacia de la lucha contra la corrupción se produce en la medida en que se asume que la corrupción produce discriminación y afecta de un modo particular a los más vulnerables. La corrupción supone un coste añadido para acceder a servicios o ejercer derechos, castigando a quienes más les supone asumir ese coste de más. La corrupción como malversación de fondos, sustrayendo recursos del erario público, supone la ausencia (o el peor estado) de servicios para los que más lo necesitan. Un diseño de programa de lucha contra la corrupción que tenga en cuenta la igualdad efectiva y la no discriminación será más acorde a los derechos humanos, pero también más efectivo contra la corrupción en la medida en que facilita una distribución del poder más justa, con una participación política más amplia. “La corrupción se reproduce a sí misma cuando las élites son capaces de perpetuar sus privilegios, mientras los grupos en condición de desventaja no tengan los medios para defender sus intereses. La participación ciudadana rompe ese

³⁴ Véase ICRHP, 2011, p. 5 y ss. para ahondar en estos conceptos.

círculo y en el largo plazo puede ayudar a redistribuir el poder y los recursos al tiempo que reduce las oportunidades para la corrupción" (ICHRP, 2011, p. 2).

4.2. Los mecanismos jurídicos de derechos humanos y la corrupción

Una aportación realmente interesante de los derechos humanos a la lucha contra la corrupción reside en la posibilidad de utilizar los mecanismos de derechos humanos, jurisdiccionales o no, para el combate de la corrupción. Peters señala que cuando la corrupción constituye una amenaza estructural para numerosos derechos humanos y se produce la inacción o medidas anticorrupción claramente deficientes, el Estado deviene responsable bajo el Derecho internacional por su fracaso en cumplir con sus obligaciones de prevención y protección en materia de derechos humanos (2015, p. 14)³⁵.

Como ya hemos visto, la promoción y el fortalecimiento de los derechos humanos constituyen en sí mismos medidas preventivas contra la corrupción. Junto a ellos, un análisis cuidadoso de actos de corrupción permitiría a los profesionales que trabajan en ese ámbito identificar violaciones de derechos específicos y, en muchas ocasiones, tomar medidas efectivas contra las personas responsables utilizando herramientas lógicas y legales que están disponibles bajo el sistema de derechos humanos (ICHRP, 2011, p. 44); es decir, de los múltiples mecanismos que tienen por objeto vigilar el cumplimiento de los derechos humanos en los ámbitos nacional, regional e internacional.

El litigio y, en particular, el litigio de interés público, estratégico o de alto impacto, con los que algunas organizaciones de derechos humanos y clínicas jurídicas universitarias han logrado obtener una experiencia considerable, es uno de los mecanismos que las organizaciones anticorrupción, cuando sea adecuado, deberían considerar utilizar³⁶. De hecho, los centros para la Consultoría y la Defensa Legal (ALACs), dirigidos por los capítulos nacionales de Transparencia Internacional, ofrecen consejo legal pro bono en los casos relacionados con la corrupción ya que buscan traducir las preocupaciones y las experiencias de los ciudadanos en relación con la corrupción en cambios estructurales para una gobernabilidad local y nacional mejor.

Los mecanismos internacionales de derechos humanos, tales como los órganos establecidos por los tratados, y los procedimientos públicos especiales no pueden sustituir pero sí complementar el papel esencial de la acusación penal. Los mecanismos de derechos humanos pueden ayudar a salvar algunos obstáculos legales que impiden la acusación penal en el plano nacional y crear conciencia de los efectos perniciosos de esas prácticas (ICHRP, 2009, p. 85). Por ejemplo, hay prácticas corruptas que a veces no son ilegales y, por tanto, no pueden ser combatidas con la aplicación de la ley penal, pero sí pueden ser perseguidas con la maquinaria de los derechos humanos. En muchos sistemas judiciales el nepotismo y el favoritismo político no se consideran corrupción en términos estrictamente legales de modo que no están prohibidos por la ley. Sin embargo, dichas prácticas pueden suponer la violación de los derechos de participación política e igualdad de acceso a cargo público. De modo que en estos casos la estrategia de los derechos humanos constituye una vía para revocar prácticas que, sin reunir todos los requisitos legales

³⁵ PETERS, A. (2015), "Corruption and Human Rights", en Basel Institute on Governance. Working paper series, 20, pp. 7-30.

³⁶ Si bien, se suelen remarcar las dificultades para que esos litigios sean exitosos, principalmente por la dificultad probatoria de los actos de corrupción, de modo que para ser exitosos, los casos requieren evidencia de alta calidad y cooperación entre víctimas, abogados y defensores de derechos humanos (ICHRP, 2011, p. 40).

para su sanción como acto de corrupción, se puede probar que implican o constituyen la violación de derechos humanos (Terracino, 2008. p. 2).

Al mismo tiempo, una pieza esencial para la garantía de los derechos humanos es un poder judicial eficaz. Corresponde a los Estados organizar sus sistemas judiciales de modo que se respeten los estándares y normas internacionales referidos a los requisitos del proceso debido. De modo que cuando no se respetan algunos de los estándares necesarios para un juicio justo debido a la existencia de corrupción y facilitándola, es posible desafiar las decisiones judiciales nacionales utilizando mecanismos internacionales de protección de derechos humanos.

Todas estas estrategias tienen un respaldo importante en los artículos 34 y 35 de la CNUCC antes mencionados. El artículo 34 establece la obligación de cada Estado parte de adoptar medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción pudiendo considerarla un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva. Mientras el artículo 35 establece que cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

En un sentido similar encontramos la traslación de los mecanismos de protección de los defensores de derechos humanos respecto de los denunciantes de corrupción, muchas veces periodistas. En la descripción dada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la actuación de los defensores de los derechos humanos para explicar quiénes son, se incluye explícitamente a los “defensores [que] conceden prioridad a una buena gestión de los asuntos públicos, promoviendo la democratización y el fin de la corrupción y el abuso de poder”³⁷. En ese sentido les sería de aplicación la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades básicas universalmente reconocidos³⁸. Los activistas anticorrupción, periodistas o no, tienen acceso al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los Defensores de los Derechos Humanos³⁹. Hay que tener en cuenta que la protección de los denunciantes de corrupción es fundamental para la perspectiva de derechos humanos en materia de corrupción.

³⁷ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Sobre los defensores de los derechos humanos*, punto 7, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Defender.aspx> (fecha de consulta: el 7 de enero de 2015).

³⁸ Declaración aprobada por la Resolución 53/144 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 8 de marzo de 1999. Esta Declaración no crea nuevos derechos, sino que articula los derechos existentes de manera que facilitan su aplicación a las necesidades y a la experiencia de los defensores de los derechos humanos, proveyéndoles apoyo y protección en el contexto de su trabajo.

³⁹ En el Comentario a la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades básicas universalmente reconocidos, realizada por la Relatora Especial en julio de 2011 se denuncia el ataque a la libertad de expresión de los denunciantes e informantes de corrupción (pp. 87 y 94), y la persecución a los movimientos de demanda de democracia y contra la corrupción (p. 108). Sin embargo, el primer Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos (presentado por el Secretario General a la Asamblea General de Naciones Unidas el 5 de agosto de 2014) no hace ninguna mención particular a los denunciantes de corrupción; tal vez por la completa asimilación de los mismos a los defensores de derechos humanos.

En el ámbito estrictamente internacional se ha puesto de manifiesto cómo la entrada en vigor en 2013 del Protocolo Facultativo del PIDESC podría facilitar la adopción de medidas anticorrupción ya que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asume el mandato de llevar a cabo investigaciones sobre las violaciones sistemáticas de los derechos o las cuestiones surgidas de las comunicaciones examinadas en relación con los Estados parte (CDH, 2013, p. 5).

Por último, en las Recomendaciones del Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 5 de enero de 2015 se da por generalmente aceptada la necesidad de vincular las medidas de lucha contra la corrupción con la efectividad y la protección de los derechos humanos, pero se echa en falta las estrategias que lleven a medidas concretas en ese sentido. En el Informe se recomienda, entre otros aspectos: la necesidad de distinguir y recopilar prácticas positivas en la vinculación de las medidas anticorrupción y protección de derechos humanos para inferir directrices generales; la realización por los órganos competentes del Consejo de Derechos Humanos de un estudio integral sobre las aportaciones que el combate de la corrupción y las instituciones de derechos humanos pueden hacerse mutuamente al integrar sus respectivos enfoques; definir los criterios para determinar si un acto de corrupción da lugar a una conculcación de derechos humanos y si una vulneración de derechos humanos da lugar a corrupción; reforzar la protección de denunciantes y periodistas de acuerdo a la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos; desarrollar las medidas preventivas atendiendo explícitamente las necesidades de los grupos vulnerables; usar los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos para integrar una perspectiva de derechos humanos en las estrategias de lucha contra la corrupción (por ejemplo, con una relator especial); integrar el examen de la corrupción como posible causa de las vulneraciones de derechos humanos en el examen periódico universal; prestar una especial atención a lo largo del examen de comunicaciones del procedimiento de denuncia del Consejo de Derechos Humanos para indicar toda conexión con actos de corrupción; y, fomentar un enfoque interinstitucional de los órganos de Naciones Unidas que incluya, en particular, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, como depositaria de la CNUCC (CDH, 2015, pp. 15-17).

5. Consecuencias jurídicas de la relación entre corrupción y derechos humanos. La labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Nos podríamos preguntar si “los actos de corrupción tipificados en los tratados respectivos, además de constituir obstáculos y una amenaza a la vigencia de los derechos humanos, constituyen actos violatorios de estos derechos” (Burneo, p. 334)⁴⁰; es decir, si los actos de corrupción tipificados en las respectivas convenciones constituyen por sí mismos actos de violación de derechos humanos. También ha sido planteada la necesidad de reconocer “el derecho a vivir en una sociedad sin corrupción”, al considerar que los valores fundamentales de la vida y la dignidad humana, entre otros, dependen de dicho derecho (Kofele-Kale, 2000, p. 16). Incluso algunos documentos internacionales han llegado a considerar la corrupción como un “crimen contra la humanidad” (Gathii, 2009, p. 147), una categoría de crímenes que incluye el genocidio y la tortura.⁴¹

⁴⁰ BURNEO LABRÍN, J. A. (2009), “Corrupción y Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *Revista Derecho PUCP*, 63, pp. 333-347, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2981> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015).

⁴¹ Véanse la Declaración de Seúl, XI Conferencia Internacional Anticorrupción, Seúl, mayo del año 2003; y la Declaración de Nairobi, adoptada por la Conferencia Regional sobre las Dimensiones de la

En el ámbito del Consejo de Europa, aunque en sus documentos jurídico-internacionales la conexión entre corrupción y derechos humanos no es extensa (ya vimos la mera mención a la misma en los preámbulos de las convenciones contra la corrupción), el hecho de que una organización expresamente dirigida a la protección de los derechos humanos se ocupe y legisle sobre corrupción muestra el sobreentendido de la vinculación entre ambos aspectos. Pero es en el ámbito del Sistema interamericano de Derechos Humanos (SIDH) donde la vinculación de la corrupción con las violaciones de derechos humanos ha sido más explícita. La Convención Interamericana contra la Corrupción⁴² no menciona los derechos humanos, como tampoco se ocupa de ellos su mecanismo de seguimiento dentro del ámbito de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA)⁴³. Sin embargo, en la Segunda Reunión Regional de Especialistas de Transparencia en América Latina⁴⁴ ya se analizó el vínculo entre corrupción y derechos humanos, concluyendo que “El movimiento anticorrupción y el de Derechos Humanos, cada cual con sus particularidades, pueden compartir su aprendizaje y combinar estrategias para integrar una más efectiva lucha contra la corrupción” (Lauzán y Toro, 2009, p. 7), y es significativo que el Informe de la Tercera Reunión, en noviembre de 2011, lleve por título *Transparencia, Lucha contra la Corrupción y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.⁴⁵

En el ámbito de la OEA, ya en 2001, la Carta Democrática Interamericana⁴⁶, aunque sin mencionar la corrupción, refleja su vinculación con la democracia y los derechos humanos a través de la necesidad de transparencia, eliminación de la discriminación y defensa de la participación (especialmente, artículos 2, 4, 6, 9). Una década después, la referencia a la corrupción es una constante en las diferentes herramientas del SIDH: las relatorías, declaraciones conjuntas, informes anuales por país, comunicados de prensa, audiencias temáticas, el sistema de protección y, en general, el trabajo de y alrededor de la CIDH.⁴⁷ Es en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) donde es más difícil encontrar la mención explícita de la corrupción como causa de, o vinculada a, la violación de derechos humanos⁴⁸; sin embargo, por la importancia de esa institución y por el papel precursor que puede sentar desde la perspectiva de trasladar al ámbito jurídico internacional de protección de derechos humanos la lucha contra la corrupción, nos hemos centrado en ella.

Corrupción en los Derechos Humanos, convocada por la Comisión de Derechos Humanos de Kenia (KNCHR), marzo del año 2006.

⁴² Firmada en Caracas el 29 de marzo de 1996.

⁴³ Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC).

⁴⁴ LAUZÁN, S. y TORO, C. (redacción) (2009), *Anti-corrupción: actualizando los desafíos. Segunda Reunión Regional de Especialistas de Transparencia en América Latina*, Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/87.pdf> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2015).

⁴⁵ González y Nash, 2011.

⁴⁶ Aprobada en la primera sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos, celebrada el 11 de septiembre de 2001.

⁴⁷ Para ver ejemplos de ese tratamiento de la corrupción por las diferentes herramientas del SIDH véase González y Nash, 2011, p. 69 y siguientes, o directamente la página web de la OEA. Al mismo tiempo, desde el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad de Chile se ha impulsado esta perspectiva de abordar la corrupción desde el enfoque de derechos humanos tanto fomentando el debate y la reflexión sobre ello, como facilitando formación a los profesionales para plantear los casos desde ese prisma. En ese sentido, véase el Capítulo V. Guía para afrontar un caso de corrupción desde el enfoque de derechos humanos, en Nash, 2014.

⁴⁸ Es fundamental tener en cuenta la dificultad probatoria de los actos de corrupción. Respecto a este tema y otros obstáculos para vincular corrupción y derechos humanos en el ámbito del SIDH, véase González y Nash, 2011, pp. 77 y ss.

Efectivamente, solo incipientemente la Corte IDH se ha ocupado de la corrupción y realmente no hay un desarrollo sistemático de la misma en sus fallos, pero sí se ha ocupado más largamente de la discriminación estructural y ha hecho referencias directas o indirectas a varios temas que son centrales para el desarrollo de medidas anticorrupción. Esto se produce de dos formas: en la medida en que la corrupción y la discriminación estructurales se refuerzan mutuamente; y, porque las medidas de reparación dirigidas contra ese tipo de discriminación frecuentemente también actúan como medidas anticorrupción.

El fundamento último del papel jugado por la Corte son las obligaciones internacionales de los Estados al firmar las convenciones de derechos humanos, y la correspondiente responsabilidad por su incumplimiento. Un Estado es responsable de una violación de los derechos humanos cuando se puede demostrar que sus acciones (u omisiones) no se ajustan a las obligaciones nacionales o internacionales en materia de derechos humanos: respetar, proteger y garantizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado puede ser tanto directa como por falta de la diligencia debida para impedir que otros vulneren los derechos humanos⁴⁹. La obligación de garantía supone que el Estado debe crear las condiciones necesarias para que las personas sujetas a su jurisdicción gocen plenamente de los derechos internacionalmente consagrados. En ese sentido destaca el deber de garantizar el principio de igualdad y no discriminación que ha sido elevado a *ius cogens* por la Corte IDH⁵⁰.

Al producirse una infracción del Derecho Internacional atribuible al Estado, éste ha de cumplir con la obligación primaria que se ha incumplido junto a la que nace, precisamente por ese incumplimiento, la obligación de reparar, como recoge el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)⁵¹. La reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad internacional del Estado, y tiene un carácter compensador (de ahí la equivalencia de la reparación con el perjuicio causado) y no punitivo. De ahí la importancia de determinar con claridad el contexto en el que se produce la violación de derechos humanos y los elementos fácticos que permiten vincularlo a la corrupción y demostrar el nexo causal. Pero la reparación como modo en que el Estado ha de hacer frente a la responsabilidad internacional en la que ha incurrido puede adoptar diferentes formas según la lesión producida: restitución, compensación, satisfacción y garantía de no repetición. Esta última, formada por las medidas tendentes a evitar la repetición de los hechos lesivos, es la más importante en la lucha contra la corrupción (Nash *et al.*, 2014, p. 89).

La labor desarrollada por la Corte IDH se enmarca, como no podría ser de otro modo, en la realidad de los Estados americanos. Con las dictaduras se producían violaciones masivas de derechos humanos, una actuación calificable de terrorismo de Estado. Con la llegada de las democracias, los problemas de diseño

⁴⁹ Peters (2015) afirma que la obligación de proteger se desarrolló en relación a los daños que emanen de terceros, como los operadores económicos (p. 14).

⁵⁰ “En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”, párrafo 269 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay del 24 de agosto de 2010. En el mismo sentido: “Este Tribunal ya ha considerado que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, ha ingresado, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, en el dominio del *jus cogens*”, párrafo 240 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Vélez Loor versus Panamá del 23 de noviembre de 2010.

⁵¹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José) fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

institucional y de cultura social llevan a violaciones generalizadas de derechos humanos de determinados grupos. Como explica Viana (2008, p. 45)⁵², los órganos del SIDH desarrollan una relación con los Estados parte basada en la desconfianza respecto a la capacidad de estos para lograr verdaderas garantías de los derechos humanos. Esto ha supuesto una interpretación distinta del principio de subsidiariedad propio del Derecho Internacional⁵³ y la extensión de sus facultades de control por parte de la Corte IDH, adoptando decisiones jurisdiccionales que suponen ordenar las medidas exactas que deben adoptar los Estados para reparar las vulneraciones cometidas (en contraste con las autorrestricciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

En teoría, la Corte IDH habría de conocer de violaciones individuales de derechos humanos en contextos de Estado de Derecho en los que los Estados firmantes de la Convención de San José propenderían al cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos. En la realidad, encontramos la existencia de violaciones masivas y sistemáticas. El Estado puede no realizar una política de violaciones como en las dictaduras, pero sí permite, a través de sus prácticas culturales y estructuras institucionales, las violaciones masivas de derechos humanos de ciertos grupos vulnerables (las mujeres, los migrantes, las personas privadas de libertad, los indígenas y las comunidades campesinas)⁵⁴. Ante esta situación, la Corte ha desarrollado un sistema de reparaciones de violaciones estructurales que implica una ampliación de la idea de reparación, más allá de las víctimas concretas del caso. Es decir, el mecanismo de los casos individuales ha servido para plantear temas de discriminación estructural, buscando soluciones generales a dichos problemas (medidas de garantía de no repetición, reparaciones transformadoras).

Realmente, el SIDH se encuentra con dos fenómenos estructurales: la discriminación y la corrupción, que afectan a los derechos humanos. La corrupción sistemática afecta a aspectos cruciales de la institucionalidad democrática, llegando a generar marcos normativos que legalizan beneficios ilegítimos y la exclusión (corrupción estructural y sistemática) e implica la impunidad de los involucrados y la violación de los derechos de los afectados por la corrupción (Nash *et al.*, 2014, p. 71). La corrupción desvía recursos públicos que podrían destinarse a realizar y garantizar derechos, e impone requisitos adicionales para el goce y ejercicio de derechos a través del soborno y la extorsión. En la medida en que sus efectos son selectivos, profundiza en la marginalidad de los desfavorecidos acentuando su discriminación. La corrupción estructural transgrede el principio de igualdad y no discriminación en la medida en que crea distinciones que excluyen, restringen o prefieren a ciertos individuos, impidiendo un ejercicio igualitario. Permitir ese tratamiento discriminatorio supone para el Estado incurrir en responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Se da en este contexto en el que tanto la corrupción como las violaciones de derechos humanos son las dos caras estructurales del escenario. No se trata de condenar al Estado por corrupto (lo que la Corte no podría hacer), pero sí

⁵² VIANA GARCÉS, A. (2008), "Sistema Europeo y Americano de Protección de Derechos Humanos. Coincidencias, Fraccionamientos Temporales y Mutuas Influencias", en REVENGA SÁNCHEZ, M. y VIANA GARCÉS, A. (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

⁵³ "La regla del agotamiento de los recursos internos [...] ha sido construida en el SIDH de manera negativa, es decir a partir de sus excepciones" (Viana, 2008, p. 46).

⁵⁴ Fueron considerados por los expertos los grupos vulnerables en América Latina (González y Nash, 2011, p. 67).

determinar las medidas para remover los escenarios de corrupción que conllevan las violaciones de derechos humanos (Nash *et al.*, 2014, pp. 109-111).

En algunos casos llevados ante la Corte IDH cabe preguntarse si existe un contexto de discriminación sistemática contra un grupo determinado que sirva para explicar adecuadamente la vulneración de sus derechos en los casos concretos que ve el Tribunal. Se pone de manifiesto la importancia del contexto, de su prueba y su cotejo con las obligaciones del Estado para poder determinar su responsabilidad internacional y reclamar medidas de garantía de no repetición. Es decir, cuando un caso individual llega a la Corte es fundamental analizar si ese caso es muestra o se encuadra en un contexto de violaciones sistemáticas fruto de una discriminación estructural (generalmente ligada a procesos estructurales de corrupción). Ello es fundamental por varias razones:

Primero, porque demostrar la discriminación estructural de determinados grupos de población muestra la necesidad especial de protección que las víctimas necesitaban y que el Estado no ofreció, evidenciando su responsabilidad por incumplimiento de su obligación de garantía, y a veces también de respeto y protección. Por ejemplo, en el caso *Campo Algodonero vs. México*, la Corte aceptó como probado (a partir de múltiples informes de instancias internacionales, principalmente) el contexto de discriminación sistemática de la mujer en el que se enmarcó el propio comportamiento de las autoridades frente a los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, asumiendo la descripción de la Comisión Interamericana: “En particular, el patrón se manifestaba en la percepción de los funcionarios estatales que la búsqueda y protección de mujeres reportadas como desaparecidas no era importante e implicaba que en un principio las autoridades se negaban a investigar”⁵⁵.

En segundo lugar, una vez probado un contexto sobre la situación general del Estado en el que se detectan patrones de violaciones masivas de derechos humanos (como caso de discriminación estructural) el estándar de prueba que se exige para acreditar un hecho o una circunstancia particular del caso disminuye a través de un argumento probabilístico o indiciario. Es decir, esos contextos permiten hacer inferencias frente a la ausencia de material probatorio preciso y puntual del caso concreto (Briceño-Donn, 2008, p. 169)⁵⁶. Así, por ejemplo, respecto de la presunción de la intervención del Estado en desapariciones en un contexto de desapariciones sistemáticas; es decir, no es necesario demostrar que la intervención del Estado en el caso concreto que está conociendo el tribunal si se demuestra que se trata de una práctica sistemática respecto de determinado grupo. También sirvió para enmarcar las violaciones particulares denunciadas en el caso *Campo Algodonero vs. México* en el contexto de discriminación y violencia estructural contra la mujer en Ciudad Juárez.

En tercer lugar, en los casos en los que la Corte admite como probado el contexto de discriminación sistemática atentatoria de los derechos humanos, puede, y de hecho lo ha hecho, adoptar medidas de no repetición, transformadoras del contexto, más apropiadas que las clásicas medidas reparatorias individuales. El objeto de las disposiciones de la Corte siempre es remediar la situación de las víctimas, pero si es necesario también habrá que intentar mejorar los problemas

⁵⁵ Párrafo 151 de la Sentencia de la Corte IDH en el caso *Campo Algodonero vs. México* del 16 de noviembre de 2009.

⁵⁶ BRICEÑO-DONN, M. (2008), “Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. y VIANA GARCÉS, A. (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

estructurales de los sistemas estatales que generan violaciones sistemáticas (Viana, 2008, p. 49). “Poner fin a una violación continua también es un elemento esencial del derecho a una reparación eficaz” (ICHRP, 2009, p. 48). Incluso, a veces, sin mencionar o entrar a tratar la corrupción, esas medidas antidiscriminación operan como medidas anticorrupción (Nash *et al.*, 2014, p. 81), produciéndose el traslado de la reparación integral al efecto correctivo, determinando aquellas medidas de reparación que van más allá de la víctima e incorporando el rol del contexto en que se producen las violaciones con objeto de evitar que se repitan⁵⁷.

Como garantías de no repetición pueden exigirse la adecuación de la legislación interna⁵⁸, la derogación de normativa, la formación de funcionarios públicos en materia de derechos humanos e información sobre los resultados de esos procesos de formación, mejorar las condiciones carcelarias, campañas de sensibilización respecto a los niños, eficacia del habeas corpus, etc. Otras medidas dictadas por la Corte muy relevantes para la lucha contra la corrupción son las medidas de acceso a la información (herramienta esencial en el control de la autoridad y, por tanto, en la prevención de la corrupción); las campañas de concienciación y sensibilización a agentes clave y la sociedad en general sobre la importancia de los defensores del medio ambiente y los derechos humanos; la respuesta efectiva del Estado para investigar y sancionar los actos de violencia en contra de los denunciantes de actos de corrupción; y, la consulta, de acuerdo al principio de buena fe, de los pueblos indígenas sobre proyectos que les afecten.⁵⁹

El carácter transformador de las medidas encaminadas a la no repetición es fundamental. “Si la Corte solo dispusiera medidas restitutorias y compensatorias, la protección de los derechos humanos se volvería ineficaz, toda vez que permanecen las circunstancias en las que se produjo la violación, lo que genera no solo un daño a la víctima —al verse amenazada nuevamente por dichas circunstancias— sino también legitimaría situaciones que dan cuenta de un Estado que no se hace cargo de sus obligaciones en materia de derechos humanos” (Nash *et al.*, 2014, p. 91). Son, por tanto, la única forma de presionar para que el Estado realmente se implique en modificar las circunstancias estructurales (incluida la corrupción estructural) que son el caldo de cultivo de las violaciones sistemáticas de derechos humanos.

Con la incorporación del enfoque anticorrupción en las medidas de garantía de no repetición se busca incrementar la legitimidad de la lucha contra la corrupción (en especial a través de las campañas públicas de explicación de la presencia de la corrupción tras muchos casos de violaciones de derechos humanos sobre los que hay menos tolerancia social que sobre la primera) y el poder hacer un seguimiento

⁵⁷ “La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo” (párrafo 450 de la Sentencia de la Corte IDH en el caso Campo Algodonero vs. México del 16 de noviembre de 2009).

⁵⁸ Por ejemplo, se ha ordenado la tipificación de la desaparición de niños (Sentencia de la Corte IDH, Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, 27 de abril de 2012): “el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la “venta” de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una remuneración o cualquier otra retribución, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales y lo establecido en la presente Sentencia” (párrafo 177).

⁵⁹ Véase Viana, 2008, p. 50-51 y Nash *et al.*, 2014, p. 89-90, para relación resumida de medidas de no repetición de la Corte.

de la actuación del Estado, en ese sentido, en la medida en que se trata del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.

Cuando un acto corrupto supone la violación de derechos humanos y existen acciones u omisiones del Estado que suponen incumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, el Estado incurre en responsabilidad internacional y surge para él una obligación compleja: cumplir con la obligación primaria y reparar a la víctima. Si se trata de un caso aislado, se concreta en la reparación de daños individuales y exigencia de responsabilidad a los violadores. Si se trata de una situación estructural, además de lo anterior deben adoptarse medidas orientadas a transformar dicha situación. El fundamento de ello no está en la obligación de reparar a las víctimas del caso concreto (que ya se realiza con el primer tipo de medidas), sino en el deber de cumplir las obligaciones primarias; es decir, aquellas por cuyo incumplimiento se causó la vulneración del derecho. Es a través de esas medidas transformadoras (encaminadas a desmantelar las circunstancias que posibilitan la corrupción estructural) que los Estados pueden cumplir con su obligación de prevenir violaciones de derechos humanos en estos contextos (Nash *et al.*, 2014, pp. 118-119).

6. Conclusión

La corrupción supone, en cualquiera de sus acepciones, un abuso de poder. Los derechos humanos nacen como instrumento para impedir que el poder implique una vulneración de los derechos fundamentales necesarios para garantizar la dignidad de la persona. Los derechos humanos exigen la igualdad y la no discriminación como fundamento básico. La corrupción supone, por definición, discriminación: en el acceso a los recursos, a los servicios públicos, al proceso de decisión política. Los derechos humanos exigen la participación política de todos los ciudadanos en su comunidad y dicha participación, en todas sus vertientes, es fundamental para combatir la corrupción. Del mismo modo, los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la información suponen en el lenguaje de los derechos humanos lo que la transparencia supone en la lucha contra la corrupción. Un sistema de rendición de cuentas efectivo es el mejor antídoto frente a la corrupción; la rendición de cuentas es el modo en el que pueden hacerse efectiva la obligación de garantía asumida por el Estado respecto a los derechos humanos.

Se plantea la posibilidad del derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción, vinculado al derecho de libre determinación de los pueblos, a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, el derecho al desarrollo y el pleno disfrute de los derechos humanos. En cualquier caso, si no es un derecho en sí, sí es una condición *sine que non* para el disfrute de los derechos humanos, de modo que éste exige la lucha contra la corrupción.

Dentro de esa perspectiva hemos observado la labor de la Corte IDH. La Corte, generalmente sin llegar a mencionar la corrupción ni su vínculo con las violaciones de derechos humanos, sí se ha enfrentado al contexto estructural caracterizado por el binomio discriminación-corrupción. Ello le permite ir más allá de ordenar la reparación de las víctimas y prescribir medidas de garantía de no repetición dirigidas a cambiar esas estructuras que constituyen el contexto de las violaciones sistemáticas de derechos.

En definitiva, la integración de la perspectiva de derechos humanos en las estrategias contra la corrupción muestra las desigualdades de poder que ésta entraña y rescata de la oscuridad institucional a las víctimas de la corrupción; en particular, a los grupos marginados. Al mismo tiempo, brinda la posibilidad de poner la estructura jurídica de protección contra las violaciones de derechos humanos al

servicio de la lucha contra la corrupción en la medida en que ésta está detrás de tales violaciones; es decir, especialmente, en su expresión estructural.

Bibliografía

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Sobre los defensores de los derechos humanos*, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Defender.aspx> (fecha de consulta: el 7 de enero de 2015).

ASTHANA, A. N. (2012), "Human Rights and Corruption: Evidence From a Natural Experiment", en *Journal of Human Rights*, 11, pp. 526-536.

BOHARA, A. K.; MITCHELL, N. J.; NEPAL, M. and RAHEEM, N. (2008), "Human Rights Violations, Corruption, and the Policy of Repression" en *Policy Studies Journal*, 36, 1, pp. 1-18.

BURNEO LABRÍN, J. A. (2009), "Corrupción y Derecho Internacional de los derechos humanos", en *Revista Derecho PUCP*, 63, pp. 333-347, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2981> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015).

BRICEÑO-DONN, M. (2008), "Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en REVENGA SÁNCHEZ, M. y VIANA GARCÉS, A. (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CASTRESANA, C. (2007), "Prosecution of corruption cases and respect of human rights", en *The International Council on Human Rights Policy. Review Meeting. Corruption and Human Rights*. Geneva, 28-29 July, accessible en <http://www.ichrp.org/files/papers/123/131 - Carlos Castresana - 2007.pdf> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2015).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2015), *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, accesible en www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A HRC 28 73 SPA.doc (fecha de consulta: 8 de noviembre de 2015).

CONSEJO DE DERECHO HUMANOS (2013), *Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, accesible en la siguiente dirección: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session5/G1313231s.pdf> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2015).

CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (2011), *La Integración de los Derechos Humanos en la Agenda de Combate a la Corrupción: Retos, Posibilidades y Oportunidades*, ICHRP, Ginebra, accesible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ichrp.org/files/reports/63/131b_report_es.pdf (fecha de consulta: 28 de octubre de 2015).

CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (2009): *La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo*, ICHRP, Ginebra,

accesible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf (fecha de consulta: 28 de octubre de 2015).

GATHII, J. T. (2009), "Defining the Relationship Between Human Rights and Corruption", en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31, pp. 125-202, accessible en la siguiente dirección electrónica: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=jil> (fecha de acceso: 3 de noviembre de 2015).

GONZÁLEZ LE SAUX, M. y NASH ROJAS, C. (editores) (2011), *Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos. Informe de la tercera reunión regional de especialistas*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/87.pdf> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2015).

KOFELE-KALE, N. (2000), "The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law", en *The International Lawyer*, 34, 1, pp. 149-178.

LAUZÁN, S. y TORO, C. (redacción) (2009), *Anti-corrupción: actualizando los desafíos. Segunda Reunión Regional de Especialistas de Transparencia en América Latina*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/87.pdf> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2015).

MBONU, C. (2003), "La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los Derechos económicos, sociales y culturales", Documento de trabajo presentado al Consejo Económico y Social de conformidad con la decisión 2002/106 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/142/73/PDF/G0314273.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 30 de octubre de 2015).

NASH ROJAS, C. (Director de Proyecto), AGUILÓ BASCUÑÁN, P. y BASCUR CAMPOS, M. L. (Investigadores), MEZA-LOPEHANDÍA, M. (Consultor Externo) (2014): *Corrupción y Derechos Humanos: una Mirada desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho. Universidad de Chile, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/109.pdf> (fecha de consulta: 28 de octubre de 2015).

PETERS, A. (2015), "Corruption and Human Rights", en *Basel Institute on Governance. Working paper series*, 20, pp. 7-30.

RAJAGOPAL, B. (1999), "Corruption, Legitimacy and Human Rights: The Dialectic of the Relationship" en *Connecticut Journal of International Law*, 14, 2, pp. 1-11, accessible en la siguiente dirección electrónica: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=940042 (fecha de consulta: el 28 de noviembre de 2015).

TERRACINO, J. B. (2007), "Hard Law Connections Between Corruption and Human Rights", en *The International Council on Human Rights Policy. Review Meeting. Corruption and Human Rights. Geneva, 28-29 July*, accessible en <http://www.ichrp.org/files/papers/130/131 - Julio Bacio Terracino - 2007.pdf> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2015).

TERRACINO, J. B. (2008), "Corruption as a violation of human rights", en *International Council on Human Rights Policy. Documentos de Trabajo*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ichrp.org/files/papers/150/131 terracino en 2008.pdf> (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015).

VIANA GARCÉS, A. (2008), "Sistema Europeo y Americano de Protección de Derechos Humanos. Coincidencias, Fraccionamientos Temporales y Mutuas Influencias", en REVENGA SÁNCHEZ, M. y VIANA GARCÉS, A. (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

La cultura de la legalidad como objeto interdisciplinario

The culture of legality as an interdisciplinary subject

Víctor Manuel Andrade

Universidad Veracruzana

victorandrade89@yahoo.com.mx

Recibido / received: 26/02/2015

Aceptado / accepted: 09/02/2016

Resumen

Este artículo pretende desarrollar una reflexión acerca del carácter necesariamente interdisciplinario del concepto "cultura de la legalidad" cuando se convierte en objeto de investigación en el campo de las ciencias sociales. Para argumentar esta postura se repasan en primer término las concepciones más importantes que al interior de las ciencias sociales se han construido sobre la interdisciplinariedad, tratando de diferenciarla del concepto de transdisciplinariedad, identificado con el paradigma del pensamiento complejo. Asimismo, se enfatiza la necesidad de mantener una relación constante entre la construcción teórica y la investigación empírica, valiéndome de los principios epistemológicos que al respecto desarrollara Jean Michel Berthelot. A continuación, se hace un breve repaso acerca de la manera en que la cultura de la legalidad es abordada desde las diferentes disciplinas como el derecho, la ciencia política, la sociología, la antropología, la historia y la reflexión que puede aportar la filosofía política. Finalmente, a partir de las reflexiones anteriores, se mencionan algunos criterios metodológicos para el estudio de la cultura de la legalidad en una zona del Estado de Veracruz, México.

Palabras clave

Cultura de la legalidad, interdisciplinariedad, transdisciplinariedad, pluralismo legal y jurídico, márgenes del Estado.

Abstract

This article aims to develop a reflection on the interdisciplinary nature of the concept "culture of legality" when it becomes the matter of social science research. My position is based, firstly, on the review of the main social sciences conceptions concerning interdisciplinarity, which I try to differentiate vis à vis the transdisciplinarity concept. It has been linked to the complex thinking. Also it has been emphasized the need to maintain a constant relation between theoretical construction and empiric research according to Jean Michel Berthelot's epistemological principles. Next, I continue with a breve review of the culture of legality when it is treated by diverse academic disciplines such as Law, Political Science, Sociology or Anthropology, as well as the ideas provided by Political Philosophy. Finally, from previous reflections, some methodological approaches linked to the study of the culture of legality in a region of the State of Veracruz in Mexico are mentioned.

Keywords

Culture of legality, Interdisciplinarity, Transdisciplinarity, Legal pluralism, State's margins.

SUMARIO. 1. Interdisciplinariedad, transdisciplinariedad e investigación social. 2. Las ciencias sociales y el estudio de la cultura de la legalidad: abordajes desde el derecho, la ciencia política, la historia, la antropología y la filosofía política. 2.1. La cultura de la legalidad desde la teoría del derecho. 2.2. La cultura de la legalidad y la Ciencia Política. 2.3. La cultura de la legalidad desde la sociología del Derecho. 2.4. La cultura de la legalidad y la antropología jurídica. 2.5. La Historia y la cultura de la legalidad. 2.6. La cultura de la legalidad y la filosofía política. 3. La cultura de la legalidad como objeto interdisciplinario en el distrito judicial de Orizaba, Veracruz.

1. Interdisciplinariedad, transdisciplinariedad e investigación social

La cultura de la legalidad se ha convertido en un tema de primera importancia en los últimos tiempos tanto en el mundo académico como en el espacio de la opinión pública. Ello se debe a muchos motivos. En primer lugar, a la creciente ola de inseguridad y violencia que azota a la mayoría de los países semiperiféricos y periféricos del sistema mundial, en torno a la cual, la cultura de la legalidad se ha identificado como una de las variables fundamentales para explicar la falta de incentivos por parte de los individuos para respetar las leyes y mantener patrones de convivencia pacíficos.

Pero esta falta de apoyo a las normas que permiten la integración está muy lejos de ser un patrimonio exclusivo de los países periféricos o de quienes viven en zonas marginadas en los países centrales, se da también en el corazón mismo de los países con economías desarrolladas, en donde observamos frecuentemente los casos de corrupción en que incurren altos funcionarios gubernamentales, cuando no los mismos presidentes o primeros ministros, así como las conductas fraudulentas de los altos ejecutivos de las empresas financieras, cuyos impactos fueron tan elevados que se convirtieron en un elemento fundamental para propiciar la crisis económica global en 2008.

Parece ser que las transformaciones estructurales que ha vivido el capitalismo en los últimos años, relacionadas con el peso creciente de los mercados financieros en el desenvolvimiento de la economía, la refuncionalización del papel de los estados nacionales en un nuevo ensamblaje, el peso creciente del crimen organizado internacional, la intensificación de los procesos de migración y las nuevas formas de articulación entre las culturas hegemónicas y las culturas subalternas, han dado lugar a nuevas formas de producir, entender y vivir la legalidad, que requieren ser investigadas desde las ciencias sociales a partir de nuevos modelos de explicación que nos permitan entender las relaciones entre esos cambios estructurales y la manera en que las personas construyen y reconstruyen la forma de percibir y representarse la idea de legalidad en su vida cotidiana. Esta complejidad del derecho y la legalidad que se presenta en el mundo contemporáneo tiene que ver, por un lado, con la expansión de la idea de los derechos humanos y, por el otro, con la revaloración de los derechos asociados a la pertenencia a una comunidad particular, es decir, los derechos culturales.

Para ello, considero necesario abordar el estudio de la cultura de la legalidad desde una perspectiva interdisciplinaria al interior del campo de las ciencias sociales que nos permita conocer de mejor manera las variables que son determinantes en el desenvolvimiento de los actores en su relación con las leyes, así como la manera en que estos construyen esa legalidad a partir de la construcción de su propia subjetividad. Este enfoque puede contribuir a superar las políticas públicas

orientadas a promover el fomento de la cultura de la legalidad que suponen que la construcción de una convivencia pacífica tiene que ver solamente con el respeto a las leyes promulgadas por el Estado (Laveaga, 1990) o con una buena gobernanza, desconociendo el pluralismo jurídico, las diferentes escalas del derecho y los factores históricos y culturales que subyacen a cualquier espacio donde entra en juego la diversidad de culturas de la legalidad.

Asumo la perspectiva de la interdisciplinariedad, tratando de establecer una distinción entre esta y la llamada transdisciplinariedad, sostenida a partir de la obra de Edgar Morin (1996, 1999) y Basarab Nicolescu (1996). Con esta precisión y diferenciación no descarto ni descalifico el enfoque de la complejidad y los estudios transdisciplinarios, sino considero que para poder llegar a la construcción de conocimiento científico valiéndose de los postulados de esta corriente, o de este estilo epistemológico si seguimos a Jean Michel Berthelot, se requiere una reestructuración y reorganización de las instituciones orientadas a la producción de conocimientos y saberes, así como de un cambio paradigmático que tiene que ser procesual, explorando las posibilidades de llegar al conocimiento de objetos específicos en relación con una perspectiva holística.

Como se sabe, Edgar Morin (1996, 1999) ha planteado una serie de principios epistemológicos o elementos constitutivos que caracterizan al pensamiento complejo. Tales principios serían los siguientes:

a) El principio de sistemidad

El principio de sistemidad, como sabemos, parte por enfocar la realidad desde una perspectiva holística, de conjunto, en lugar de aquellos enfoques que parten sólo de lo particular, o de lo observable, como sucede en el enfoque analítico de la ciencia. Para Bertalanffy, el paso del enfoque analítico al enfoque sistémico podía ser analizado en los términos de Thomas S. Kuhn, como un cambio paradigmático.

b) El principio hologramático

El principio hologramático sostiene que, así como la parte está en el todo, el todo está en la parte; es decir, cualquier ámbito de la realidad supone su inscripción en una cadena de relaciones que configuran una totalidad. En palabras de David Bohm, todo orden explicado nos remite necesariamente a un orden implicado.

c) El principio de recursividad

El principio de recursividad subvierte el principio de causalidad. A diferencia del enfoque analítico de la ciencia, las relaciones entre los diversos elementos o variables de la realidad no siguen una dirección unilineal de causalidad, presentándose en lugar de ello relaciones de mutua determinación en las que las causas son efectos y los efectos son causas.

d) El principio de retroalimentación

Las relaciones entre el presente de un sistema y su futuro suponen una retroalimentación del pasado, que implica una relación de aprendizaje. Las posibles escogencias en el futuro incluyen la experiencia obtenida en el pasado.

e) El principio de autonomía dependencia o de auto-eco-organización

Los sistemas complejos constituyen unidades que, al tiempo que delimitan su constitución con respecto del entorno, estableciendo códigos y mecanismos de funcionamiento que se autoorganizan, traduciendo la información del exterior a los códigos internos, realizan un intercambio permanente con el exterior, adaptándose a sus transformaciones, pero, a su vez, estos cambios son procesados conforme a las estructuras internas del sistema.

f) El principio dialógico

En el conocimiento interdisciplinario el principio dialógico es primordial ya que supone la apertura de horizontes ante nuevos conocimientos y la posibilidad de impensar o desaprender.

g) El principio de reintroducción del sujeto.

Finalmente, el principio de la reintroducción del sujeto en el proceso de conocimiento supone alejarse de la perspectiva positivista que imagina un objeto que no es afectado por el punto de vista del sujeto, lo que a su vez nos lleva a analizar las formas en que el objeto afecta al sujeto.

Todos estos principios son pertinentes y constituyen, en efecto, un conjunto de normas aceptables para producir el conocimiento al interior de la ciencia; sin embargo, a la hora de llevarlos a la práctica se tornan problemáticos si no se relacionan con objetos de estudio concretos. La reflexión epistemológica separada de las prácticas científicas hace ya buen tiempo que perdió sus créditos como discurso tendiente a orientar la investigación en ciencias sociales.

Quizá quien explica mejor las diferencias entre la disciplinariedad, la pluridisciplinariedad, la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad es Basarab Nicolescu. Para este autor, el conocimiento de la disciplinariedad es propio de un solo nivel de realidad, mientras que la transdisciplinariedad implica tres pilares que son los niveles de realidad, la lógica del tercero incluido y la complejidad. Los niveles de realidad se refieren a órdenes de realidad que, a pesar de basarse en lógicas de funcionamiento diferentes o incluso contradictorias, coexisten; un ejemplo de esta coexistencia es el desenvolvimiento del mundo cuántico, en el que operan principios contrarios a la lógica de funcionamiento del mundo macrocósmico, como la posibilidad de la reversibilidad en el tiempo y la causalidad a distancia. Esta coexistencia se hace posible precisamente por el papel que juega la lógica del tercero incluido, que permite analizar las traslaciones de un nivel de realidad a otro, configurando así, una realidad compleja, que no es reducible a un orden. La causalidad global de la que se ocupa la investigación transdisciplinar, no es reducible a la causalidad local, de la que se ocupan las ciencias naturales unidisciplinares y las ciencias sociales. Como dice Nicolescu:

La transdisciplinariedad es sin embargo radicalmente distinta de la pluridisciplinariedad y de la interdisciplina-riedad, por su finalidad, la comprensión del mundo presente, que es imposible de inscribir en la investigación disciplinaria". (Nicolescu, 1996, p. 37).

El mundo presente sería entonces, una pluralidad de relaciones entre los diferentes niveles de realidad que configuran una totalidad, pero no una totalidad cerrada, sino abierta, que sirve como correlato de todas las operaciones que se efectúan en cada nivel.

Ello le lleva a postular, a partir del teorema de incompletitud de Gödel, la imposibilidad de acceder a la totalidad de relaciones entre los múltiples niveles de realidad, ya que por definición siempre hay una zona que se resiste, que es inaccesible. Esta zona que se resiste, es lo que llama una “zona sagrada”, que envuelve la totalidad de las relaciones, por lo cual, lo único que es posible reconstruir desde el pensamiento complejo es una unidad abierta.

Ahora bien, esta tentativa, que está articulada a una perspectiva epistemológica constructivista, da un salto abismal que la lleva a hacer a un lado los protocolos necesarios para la contrastación empírica. En algunos aspectos, converge con las investigaciones de autores como Bruno Latour (2013) e Isabel Stengers (2007), que pretenden eliminar la diferencia ontológica entre el mundo natural y el social, enfatizando la necesidad de dotar de agencia a los objetos naturales y a los artefactos, así como de recuperar la pertenencia a la naturaleza que es propia de los humanos. Bajo esas premisas, estos autores han tratado de fundamentar la existencia de una *cosmopolitique* en la que intervienen humanos y no humanos. Aparte de los estudios etnográficos acerca del proceso de producción de conocimientos científicos, tal como ocurren en el laboratorio, así como de los mecanismos de producción de artefactos tecnológicos, Latour se ha ocupado de estudiar la manera en que se fabrica el derecho, con la intervención no sólo de los humanos sino a partir de un ensamblaje entre estos y un conjunto de dispositivos materiales y tecnológicos sin los cuales sería posible la institucionalización de los aparatos judiciales. (Latour, 2004).

Otra forma de conceptualizar y operar la interdisciplinariedad, con una orientación más empírica es la que han emprendido Andrew Barry y Georgina Born (2013), entre otros. Ellos identifican tres maneras en que se puede presentar el trabajo interdisciplinario, a saber: la síntesis integrativa, la subordinación y la agonística-antagónica.

La síntesis integrativa procede a la combinación de los conocimientos, teorías y procedimientos de las diferentes disciplinas sin que predomine ninguna de ellas y dando lugar a objetos nuevos. La subordinación en cambio, supone el uso de los conocimientos de otras disciplinas para complementar a una que en el proceso de investigación asume la carga central. El modo agonístico-antagonista, de manera diferente a las dos anteriores se aprovecha de las tensiones y contradicciones que pueden emerger sobre un objeto que es estudiado desde dos o más disciplinas, dando lugar a conocimientos más ricos en determinaciones, que incorporan siempre un margen de indeterminación y apertura.

En oposición a la idea de una transdisciplinariedad que se traduce en un holismo que se diluye en una espiritualidad de tipo religioso, o que vincula ontológicamente la naturaleza con la sociedad y la cultura, me parece más apropiado combinar la idea de interdisciplinariedad con los planteamientos epistemológicos de Jean Michel Berthelot (2002) que, sin descuidar el carácter contextual de la ciencia social, apela a mantener el ideal de una racionalidad científica apoyada tanto en la reflexión lógica como en el peso de la prueba empírica que deben ser sometidos a la discusión de la comunidad científica en el ámbito específico de las ciencias sociales. Así, las diferentes teorías y programas de investigación deben ser entendidos como programas racionales para resolver enigmas, problemas o anomalías, y se distinguen por su coherencia racional interna, su fecundidad y su capacidad heurística.

Siguiendo a Berthelot, las ciencias sociales, como las demás ciencias, están sometidas a las normas colectivas que suponen, por lo tanto, una orientación holista y determinista. Asimismo, están integradas a una situación de interacción social que les imprime necesariamente una orientación contextualista que tiene la característica de dirigirse a los otros.

Sin embargo, como veremos más adelante, ello no implica que las ciencias sociales deban renunciar a la verdad, al sostener un relativismo basado en la existencia de diferentes contextos, como lo hace el constructivismo social apoyado en sus estudios de etnografía y sociología de la ciencia, o, como algunos le han llamado, a esta actividad, la epistemografía que realizan Bruno Latour y Michel Callon (Arriscado Nunes, 2014).

Compartimos en ese sentido la idea de Berthelot de que la verdad en la ciencia se expresa en tres planos: en primer lugar, porque consiste en una actividad intencional de resolución de enigmas y problemas; en segundo lugar, porque se fundamenta en el intercambio científico estructurado por la crítica y la falsación de teorías y, tercero; porque apela a la creación de normas colectivas para evaluar las justificaciones de las teorías.

Esto significa que es posible distinguir los conocimientos, posibles a partir de una justificación racional al interior de las ciencias, de las creencias surgidas a partir de causas exteriores.

Al respecto, es importante resaltar que los factores sociales que favorecen el surgimiento de una teoría son distintos de aquellos que contribuyen al proceso de justificación, ya que, en este segundo momento, para poder ser justificadas, las teorías no son totalmente libres de las determinaciones empíricas que pueden apoyar su validez. En ese sentido, la racionalidad de las prácticas científicas se revela en el tiempo largo, más que en el tiempo corto de las rutinas ordinarias estudiadas por el constructivismo.

A diferencia de los constructivistas y autores del programa fuerte, sostiene también que el trabajo científico supone una dosis de reflexividad que hace posible el desprendimiento del contexto que rodea la práctica de investigación. Ello es lo que posibilita la innovación y la creación de nuevos paradigmas en la ciencia, pues si todo conocimiento estuviese determinado por su contexto, no sería posible, por ejemplo, que autores que nacen en un contexto conservador, produzcan teorías que revolucionan el pensamiento.

Al señalar que es posible la construcción de conocimientos verdaderos que describan y expliquen ámbitos específicos de la realidad, siempre a partir de criterios de selección, por supuesto, apela a la posibilidad de una transcontextualidad que puede producir colectivamente la verdad a partir del intercambio contradictorio y la justificación racional.

La construcción interdisciplinaria de un objeto en las ciencias sociales tiene que ver, desde mi punto de vista, con los elementos que enuncio a continuación:

- a) La interdisciplinariedad no supone deshacerse de los conocimientos generados en las distintas disciplinas, sino un uso crítico de ellos. Supone una relación dialéctica entre lo disciplinar y lo interdisciplinar, en la que el conocimiento generado se traduce en un enriquecimiento de lo concreto, a partir de sus múltiples determinaciones.

- b) El conocimiento generado es empíricamente contrastable.
- c) Opera a partir de complementariedades ontológicas, es decir, no es una amalgama informe y misteriosa, sino que produce conocimientos verdaderos que modelan o explican lo real, constituyendo totalidades coherentes y articuladas.
- d) Está abierto a otros tipos de conocimiento, haciendo posibles ecologías de saberes (Santos, 2009a).
- e) Es un proceso necesariamente colectivo que se produce a partir del dialogo entre especialistas de una o más disciplinas y genera aprendizajes en la experiencia de investigación, así como la apertura de ámbitos de la realidad no conocidos.
- f) Combina la explicitación de principios normativos con la contrastabilidad empírica o la falsabilidad.
- g) Considera las diferentes escalas espaciales en la construcción del objeto. Si bien puede estar atenta a las dimensiones que guarda un sistema mundo (Wallerstein, 2007), considera también la escala nacional, regional o local, así como su articulación.
- h) Considera que los procesos sociales tienen una dimensión histórica y toma en cuenta las diferentes escalas o niveles de temporalidad en los que están incrustados.
- i) A partir de información empírica, identifica sistemas o totalidades intersocietarias que mantienen regularidades a lo largo de un espacio-tiempo, así como la práctica de actores concretos que reproducen o modifican esas totalidades intersocietarias como sostienen Giddens (1995) y Sewell (1992).
- j) La evolución de los diferentes niveles o dimensiones de lo social configura ensamblajes que modelan de diversas maneras las relaciones entre los sistemas económico, político, cultural o jurídico. Esos ensamblajes son susceptibles de conocerse a partir de las llamadas zonas analíticas fronterizas (Sassen, 2008).

2. Las ciencias sociales y el estudio de la cultura de la legalidad: abordajes desde el derecho, la ciencia política, la historia, la antropología y la filosofía política

Hemos dado este largo rodeo acerca de los criterios epistemológicos en las ciencias sociales para desarrollar una reflexión acerca de cómo esta perspectiva interdisciplinaria puede aplicarse al estudio de un fenómeno concreto como es la cultura de la legalidad. A continuación, expondré brevemente algunos de los enfoques desde los cuales ha sido estudiada la cultura de la legalidad para, en un segundo momento, construir este concepto como un objeto empírico desde una perspectiva interdisciplinaria que permita analizar las constelaciones de interlegalidad que ocurren en el distrito judicial de Orizaba, en el estado de Veracruz, México.

2.1. La cultura de la legalidad desde la teoría del derecho

Como podemos suponer a partir de lo anteriormente expuesto, el estudio de la cultura de la legalidad no puede sino ser interdisciplinario, de tal forma que podamos construir un objeto de investigación rico en determinaciones, donde emergen la totalidad de aspectos relevantes que configuran su desenvolvimiento en la vida real, tomando en cuenta la conceptualización y definición que de la ley y la cultura de la legalidad hacen cada una de las disciplinas, decantando a su vez, aquellas teorías que tengan mayor compatibilidad ontológica y epistemológica.

Se requiere el punto de vista de la teoría del derecho porque el estudio del derecho formal racional da cuenta de las modificaciones que va sufriendo el ordenamiento jurídico hegemónico, así como los criterios de validez interna, dependiendo de las tradiciones jurídicas que caracterizan a cada sociedad, y la manera en que estas transformaciones impactan en la cultura de la legalidad. Así, por ejemplo, el surgimiento de la concepción garantista, desde la teoría del derecho, no cabe duda que ha impactado en un movimiento social por el derecho de acceso a la justicia en diversos ámbitos, lo mismo que la incorporación creciente de los derechos humanos y el principio pro-persona en las constituciones. Considero que entre las diferentes teorías del derecho, el garantismo (Ferrajoli, 1995) ha logrado una síntesis adecuada entre el iusnaturalismo, el positivismo, la jurisprudencia de intereses y el realismo jurídico, demostrando además apertura hacia los conocimientos que se generan en otras disciplinas como la sociología, la antropología o la filosofía del derecho, sobre todo, al hacer hincapié en la importancia del estudio que guarda el sentido común acerca de este campo. Por otra parte, una perspectiva interdisciplinaria implica la posibilidad de recuperar planteamientos generados por teorías que se consideran incompatibles o incommensurables con la teoría o el paradigma que ha sido seleccionado para guiar la investigación, siempre que estos no contradigan los postulados centrales. Así, algunas contribuciones generadas por el positivismo jurídico (Kelsen, 2009) siguen siendo sin duda relevantes para áreas específicas del campo del derecho, particularmente su reconocimiento de la necesidad de recurrir a los conocimientos de otras disciplinas como la sociología del derecho.

Debe tomarse en cuenta también, como un elemento que puede influir en la cultura de la legalidad que asumen los ciudadanos o las comunidades, la situación que registra el derecho en la actualidad debido a su creciente expansión y complejidad. Como señalan algunos teóricos del derecho (Ferrajoli, 1995), el crecimiento y expansión de los sistemas jurídicos ha dado lugar a una complejización que se traduce en una falta de coherencia y sistematicidad, así como una falta de claridad en la jerarquía de las normas tal como lo postulaban las concepciones positivistas de Kelsen o Hart, que no permite la asunción de resoluciones con la claridad y transparencia que sería deseable, frustrando la finalidad principal que es la impartición de justicia. Dadas las dificultades que atraviesan los órganos legislativos para procurar la armonía y la coherencia del ordenamiento jurídico, son repetidas las situaciones en las que el sentido de las normas apunta a orientaciones incluso contradictorias.

2.2. La cultura de la legalidad y la Ciencia Política

Asimismo, el abordaje de la cultura de la legalidad desde la Ciencia Política, con el objeto de analizar en qué medida la legitimidad de quienes detentan el poder político se funda en la legalidad, y en qué medida el funcionamiento de los órganos estatales se lleva a cabo con base en procedimientos apegados a la ley, es importante para identificar de qué manera el desempeño de los órganos estatales contribuye o no, a fomentar la cultura de la legalidad. Si bien para algunos, la existencia de un nivel alto de cultura de la legalidad no es condición para la existencia de un Estado de Derecho, difícilmente puede florecer éste si no existe una cultura ciudadana comprometida con la legalidad, en la que los gobernados exijan que los gobernantes se comporten de acuerdo a lo que disponen las leyes. En suma, es necesario establecer correlaciones entre la existencia de una cultura de la legalidad y una buena gobernanza (Villoria y Jiménez, 2014). Tener presente esta relación nos permite diferenciar a su vez la manera en que se diferencia el *Rule of Law* con respecto al *Rechtsstaat* por cuanto hace a los vínculos entre el derecho y la ley.

Esta diferencia es importante porque, como sostiene Zagrebelsky (2003), para el *Rule of Law*, la ley y el derecho son un producto inacabado, abierto, imperfecto y sujeto a constantes cambios y mejoras. El derecho no es lo que está en la ley sino en la aplicación que hacen los jueces de ella, así como en los principios intrínsecos que deben buscarse en todo precepto normativo a través de la lectura de las costumbres, lo razonable y la concepción generalmente aceptada de lo justo o injusto (Zagrebelsky, 2003, p. 26). En cambio, como sabemos, el *Rechtsstaat* presupone, en primer lugar, la existencia de un Estado unificado que se constituye a partir de la voluntad apoyada en la razón y que desarrolla todo un cuerpo de leyes para sustentar el ejercicio de gobierno. De acuerdo con Habermas (2005), en la escala del derecho global se puede hablar de *Rule of Law* pero no de *Rechtsstaat*.

2.3. La cultura de la legalidad desde la sociología del Derecho

La sociología del derecho, por otra parte, nos permite, sobre todo a partir de la obra de autores como Lawrence Friedmann (1975) y Roger Cotterell (1991, 2008), identificar las relaciones de intercambio que se dan entre el sistema jurídico y los ciudadanos, es decir, lo que Friedmann entiende como cultura legal interna y cultura legal externa, o, desde el punto de vista de la teoría de la acción comunicativa de Habermas (1987), las relaciones entre sistema y mundo de vida. Estos procesos de interacción entre profesionales del derecho y los ciudadanos comunes pueden ser visualizados también a partir del concepto de "campo" de Pierre Bourdieu (2000), en el que habría una disputa por el monopolio legítimo del conocimiento jurídico y el derecho a decidir, generando lo que podríamos llamar un *hábitus* legal y jurídico. Esta perspectiva parece contar con un alcance explicativo mayor que el que proporciona el constructivismo epistémico que concibe al derecho como un sistema autorreferente que opera a través de una cerradura operacional y traduce todas las comunicaciones del entorno al código binario del derecho, tal como lo han desarrollado Niklas Luhmann (2002) y Gunther Teubner (1989).

En una escala macrosociológica se puede abordar el análisis de las transformaciones globales y el papel que juegan factores como la desigualdad económica, social y educativa, en la conformación de la cultura de la legalidad y los aspectos relacionados con la configuración de un pluralismo jurídico. Las obras de Volkmar Gessner (2010), P. S. Berman (2007; 2009), Jean Cohen (2012) y David Nelken (2004), entre otros, contribuyen a dilucidar las nuevas modalidades que asume el derecho con la emergencia del proceso de globalización, cuando se generan espacios de producción legislativa supraestatales, al tiempo que los sistemas normativos de las naciones que son minoría dentro de un Estado adquieren un nuevo significado, generándose así espacios de interlegalidad bastante complejos.

De igual forma, los estudios macrosociológicos nos sirven para identificar los desplazamientos del Estado y los nuevos ensamblajes que tienen lugar entre el proceso de globalización, las nuevas funciones que desempeña el Estado en la gestión de los procesos de acumulación del capital y el espacio donde se fundan y se reclaman los derechos. Si, como dice Saskia Sassen (2008, p. 334), estamos acudiendo a una desnacionalización de los programas estatales y a una privatización del proceso de elaboración de las normas que tiene que ver con un nuevo ensamblaje entre el capitalismo, el territorio, la autoridad y los derechos, diferente del ensamblaje medieval y el ensamblaje nacional, donde se constituyen ensamblajes mixtos de tiempo y espacio que reconfiguran tanto los territorios en los que se desplaza el capital como los lugares donde se ejerce la ciudadanía, es necesario identificar cómo se articulan las diferentes escalas espaciales y temporales en la conformación de las culturas de la legalidad. En esta escala se

puede proceder también a desarrollar una sociología comparada de la formación de los Estados y las diferentes tradiciones jurídicas estatales.

Cobran relevancia en esta perspectiva los trabajos que ha venido realizando Boaventura de Souza Santos (2009b), analizando el derecho desde la perspectiva de lo que él denomina ecología de saberes, recuperando las prácticas jurídicas y los sistemas normativos que realizan las diversas comunidades y que obedecen a principios de construcción diferentes a los que caracterizan al derecho racional occidental. Santos identifica tres componentes que integran las prácticas jurídicas: la retórica, la burocracia y la violencia. De acuerdo con esto, en los sistemas jurídicos donde opera fundamentalmente el derecho comunitario predomina la retórica, mientras que en el derecho estatal orientado al ámbito de lo civil o en el derecho global predomina la burocracia, en tanto que en el derecho penal estatal predomina la violencia. Estos elementos se reflejan a la hora de analizar las constelaciones de interlegalidad donde se mezclan los diferentes tipos de derecho en virtud de que en cada una de las delimitaciones que se analicen, convergen las diferentes escalas espaciales. Así, en una misma región pueden confluir el derecho estatal con el derecho comunitario y la *lex mercatoria*.

2.4. La cultura de la legalidad y la antropología jurídica

En este escenario, la antropología, a través del método etnográfico, nos ayuda a estudiar las interacciones concretas que se dan entre actores que son portadores de diferentes culturas de la legalidad y que se apoyan en diferentes sistemas normativos que nos remiten a las cosmovisiones que en su conjunto detenta cada cultura. En ello coincide la antropología que estudia la cultura de la legalidad con corrientes sociológicas como la etnometodología (Garfinkel, 2006), que recurren a técnicas como el análisis conversacional para identificar la semántica que se expresa en la narrativas que pueden tener los actores acerca de la legalidad. Desde una perspectiva antropológica se puede estudiar también lo que ocurre en los márgenes del Estado (Das y Poole, 2008), ahí donde se dan los encuentros entre lo estatal y lo no estatal, lugares en los que coexisten diferentes sistemas normativos que permiten tener una visión distinta de aquella que pone énfasis en los macroprocesos o en los órganos centrales del Estado. Los márgenes del Estado pueden remitir a una frontera geográfica, ahí donde la vigencia de la ley estatal no alcanza a llegar debido a cuestiones como la incomunicación o el alejamiento de las comunidades con respecto a los centros urbanos y entran en juego las reglas que asumen de manera autónoma las comunidades o las que imponen los hombres fuertes. Por márgenes también puede entenderse un espacio de intersección entre lo legible y lo ilegible, ahí donde las situaciones, aun cuando ocurren en el marco de las instituciones del Estado, se ven de pronto envueltas en un estado de indeterminación debido a vacíos legales o a la existencia de contradicciones en la ley, o por el tratamiento de casos no previstos. El tercer criterio es concebido como el espacio entre los cuerpos, la ley y la disciplina, donde se produce un biopoder orientado al control sobre los cuerpos. Estos conceptos de márgenes remiten a la difusa frontera entre lo legal y lo ilegal, donde se crean "zonas francas" sujetas a la negociación cotidiana entre agentes estatales y no estatales, que crean un "derecho de la calle", por ejemplo, en los centros urbanos de las ciudades periféricas donde se desarrolla el comercio ambulante y la venta de mercancías "pirata", en la situación que viven los refugiados de guerra para acreditar una identidad o en las zonas urbanas segregadas que construyen sus propias formas de regulación de la convivencia. En suma, remiten a lo que Giorgio Agamben llama los "Estados de excepción", como más adelante veremos.

Tanto la teoría del derecho, sobre todo en su vertiente garantista, como la sociología del derecho que desarrollan Habermas y Bourdieu, así como el estudio

antropológico de la cultura de la legalidad que lleva a cabo Susan Silbey (2010), coinciden en ubicar como espacio natural para nuestro objeto, el ámbito de la vida cotidiana o del mundo de la vida, lugar donde, a través de los lenguajes naturales, se desarrollan diferentes tramas y narrativas que circulan públicamente, y que entran en contacto con las culturas jurídicas de los operadores y profesionales del derecho, haciendo posible intercambios entre el sistema y el mundo de vida.

2.5. La Historia y la cultura de la legalidad

Las transformaciones y continuidades que se dan en la cultura de la legalidad, en las diferentes escalas temporales, son objeto de estudio de la Historia. Siguiendo a Fernand Braudel (1970), se puede analizar la manera en que se articulan tendencias culturales de largo plazo, como las que caracterizan a los sistemas normativos de las comunidades indígenas, con aquellas que tienen que ver con la corta duración, relacionada con los ciclos económicos y la duración de los regímenes políticos y jurídicos estatales, hasta llegar al análisis de acontecimientos específicos. Podemos analizar así los cambios ocurridos a partir de la intervención de los actores en un campo de historicidad que está incrustado en estructuras específicas tanto económicas como políticas y culturales. De esta manera se apela a las teorías de la estructuración Giddens (1995) y Sewell (2004) para articular en forma dinámica tanto el papel de los actores como las estructuras en las que se mueven estos, mismas que son posibles de modificar a través de la praxis tanto individual como colectiva. Ello nos permitirá identificar hasta donde las acciones promovidas por los movimientos a favor de los derechos humanos, los movimientos que demandan el apoyo a las víctimas o, por el contrario, aquellos que tratan de retornar a situaciones de exclusión y discriminación o las tendencias xenofóbicas y otras, han impactado los ordenamientos jurídicos y han modificado la cultura de legalidad de los ciudadanos.

2.6. La cultura de la legalidad y la filosofía política

Por último, todo este entramado en el que participan las diferentes disciplinas para estudiar la cultura de la legalidad puede servir para alimentar a su vez la reflexión que en el plano de la filosofía política se viene dando acerca del papel de la ley, el poder soberano y la biopolítica que hace Giorgio Agamben (1998; 2005) por un lado, así como el ambicioso intento de Axel Honneth (2014) para reconstruir una teoría de la justicia a partir de una teoría de la sociedad que desmonte las patologías tanto de la libertad jurídica como de la libertad moral.

En efecto, la historia y la sociología del orden global, junto con las aportaciones de la antropología política y jurídica pueden servir de fundamento empírico para reflexionar acerca de los planteamientos que en el ámbito de la filosofía política vienen desarrollando autores como Giorgio Agamben, que consideran que estamos arribando a una situación en la que el Estado de excepción se ha vuelto lo normal.

La recuperación de los planteamientos de Carl Schmitt acerca de la soberanía y el poder constituyente como fundadores del *nomos* que hace Giorgio Agamben, le lleva a reflexionar de vuelta acerca de las relaciones entre la ley y el soberano, entre aquél que puede decidir cuál es la ley y cuando se puede instaurar un estado de excepción. En esta relación –dice Agamben- hay una relación de exclusión inclusiva: la capacidad de establecer en qué momento y cómo se puede decretar un Estado de excepción. La diferenciación entre *physis* y *nomos*, o entre derecho y violencia, es subsumida en el todo indiferenciado de la soberanía que puede convertir la excepción en regla. Agamben recurre a una representación topológica para ilustrar la transformación que sufren esos dos ámbitos al principio diferenciados, para pasar a ocupar un solo y mismo espacio, conectando estas

reflexiones con el fenómeno de los campos de concentración y los poderes totalitarios, sugiriendo que en el orden político actual, la pérdida de soberanía que vienen padeciendo los Estados está dando lugar al surgimiento de ese espacio indiferenciado entre la violencia y la ley. Ello le lleva a analizar el concepto de ley a partir de las reflexiones que hiciera Jacques Derrida sobre el conocido cuento de Franz Kafka denominado justamente *Ante la ley*. En esa tesis, contempla la ley como una pura nada, como un vacío que nunca termina de llenarse pero que, sin embargo, mantiene su función simbólica. Tanto en el cuento de Kafka, en el que el guardia nunca menciona que la puerta que cuidaba estaba destinada especialmente al campesino, como en la concepción de Kant, la ley se presenta como un algo sin significado, como un significante vacío. Estos planteamientos le llevan a recuperar la concepción de Walter Benjamín acerca de las relaciones que se dan entre derecho y violencia, analizando las diferencias entre la violencia que crea el derecho y la violencia que trata de asegurar el cumplimiento del derecho establecido, tema presente también en *La teología política* de Carl Schmitt. Los antropólogos que han venido trabajando sobre el concepto de “márgenes del Estado” hacen algunas correcciones al texto de Agamben resaltando el hecho de que esa fusión entre lo legal y lo ilegal que posibilita el estado de excepción es algo dinámico y obedece a interacciones y correlaciones de fuerza concretas, que tienen su expresión en la cotidianidad.

La tentativa de Honneth por su parte es darle continuidad a su reformulación de la teoría crítica de la sociedad como una expresión de la necesidad de reconocimiento que demandan los actores tanto en el ámbito afectivo como en el plano de las normas jurídicas y las estructuras que posibilitan el logro económico y la realización, a través de una teoría de la justicia que pone por delante el derecho de la libertad, sometiendo a una crítica tanto el concepto de libertad negativa de cuño liberal, como el de libertad reflexiva proveniente del idealismo alemán, para articular ambos con una libertad social enmarcada en una eticidad democrática que orienta normativamente la construcción de una teoría crítica de la sociedad. La eticidad democrática que promueve Honneth pretende valer también para el caso de una sociedad multicultural o para dirimir asuntos entre sociedades diferentes con valores y sistemas normativos diferentes.

A diferencia de los planteamientos que hacen, por ejemplo, Antonio Negri y Michael Hardt (2005), cuando hablan de un imperio sin imperialismo, en el que ocupa un lugar central el proceso de acumulación de capital a escala global y donde el orden mundial se expresa también como una formación jurídica que funda el imperio como un orden sin fronteras, permanente, eterno y necesario, Agamben se centra en los problemas de la violencia y la guerra global, pero sin reflexionar acerca del poder real que tienen los Estados, los grandes capitales y nuevos actores globales como el crimen organizado. En el caso de Honneth existen también pocas referencias a los problemas concretos que se viven en el sistema mundial, tanto en lo que se refiere a la desigualdad en el ámbito económico como en la geopolítica, ya que su marco de referencia se ubica en las sociedades modernas occidentales.

Como quiera, estas reflexiones filosóficas, acompañadas de un enfoque más empírico e interdisciplinario desde las ciencias sociales, nos pueden permitir analizar fenómenos como los diferentes estados de excepción que están surgiendo, así como la naturaleza de los nuevos órdenes jurídicos y políticos que están teniendo lugar en espacios periféricos del sistema mundial como “Los Caracoles” en la zona que se encuentra bajo el dominio zapatista, que coexisten con el derecho y el orden político estatal mexicano, o sobre las policías comunitarias de Guerrero, las autodefensas en Michoacán y las zonas controladas por el narcotráfico o la guerrilla

que coexisten a un mismo tiempo con el ordenamiento estatal si queremos remitirnos a casos como el mexicano, colombiano o peruano.

3. La cultura de la legalidad como objeto interdisciplinario en el distrito judicial de Orizaba, Veracruz

Este breve recorrido teórico acerca de la manera en que cada una de las disciplinas abordan el estudio de la cultura de la legalidad nos ha permitido elaborar algunos criterios metodológicos para la construcción de este objeto de investigación, con el propósito de desarrollar un estudio acerca de la cultura de la legalidad y las posibilidades de acceder a la justicia en el distrito judicial de Orizaba, perteneciente al Estado de Veracruz, México.

- a) La investigación de la cultura de la legalidad requiere una reconstrucción histórica acerca de las legislaciones que han regulado la vida de las regiones que son objeto de estudio, particularmente los cambios constitucionales y la legislación civil y penal, así como la relación que guarda esta con los cambios y continuidades en el sistema político. Este análisis debe procurar, hasta donde las fuentes lo permitan, contrastar el grado de cumplimiento de la legislación vigente (Pérez, 2007). Asimismo, la revisión debe abarcar la legislación de carácter global que se aplica en las zonas que son objeto de estudio, tanto la proveniente de los tratados internacionales o bien aquella que se aplica por la existencia de firmas multinacionales que aplican sus propias normas laborales.
- b) Análisis de las modalidades de propiedad de la tierra y de los espacios institucionales donde se gestiona o administra su distribución y regulación.
- c) Revisión de encuestas donde se midan aspectos como el grado de conocimiento de las leyes, la actitud ante la ley y las expectativas que tienen los encuestados respecto del cumplimiento de la ley por los demás, así como las expectativas de sanción que perciben en caso de que alguien infrinja las normas.
- d) Lo anterior debe ir acompañado de una exploración acerca del grado de confianza que tienen los ciudadanos en relación con las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, así como de las instituciones policiales y la tasa de delitos denunciados en relación con los delitos cometidos.
- e) Observación etnográfica y entrevistas para analizar las interacciones entre los funcionarios encargados de procurar e impartir justicia con los abogados litigantes y los ciudadanos, así como para recoger relatos de las personas acerca de sus experiencias con las instituciones judiciales, recurriendo a las técnicas del análisis conversacional que realiza la etnometodología.
- f) Entrevistas con abogados, jueces y funcionarios del ministerio público así como con personas involucradas en litigios.
- g) Entrevistas con el titular del ministerio público itinerante y de atención a asuntos indígenas para explorar situaciones que implican investigaciones y resoluciones en las que entran en juego diferentes sistemas normativos o de interlegalidad, así como con actores de litigios o víctimas del delito en las comunidades indígenas.
- h) Entrevistas con miembros de organizaciones civiles defensoras de los derechos humanos y de atención a víctimas del delito para identificar su percepción acerca del respeto a los derechos humanos que existe en las regiones de estudio.

De esa manera, podemos entender la cultura de la legalidad como el conjunto de conocimientos, actitudes, valoraciones y prácticas que respecto de los ordenamientos legales vigentes asumen las personas y las colectividades en la vida

diaria, mismas que se expresan en las narrativas que desarrollan acerca de la ley y su función en la sociedad. Estas concepciones y estas narrativas respecto de la pluralidad de regímenes legales configuran un imaginario que orienta las expectativas de los actores respecto de cómo deben comportarse, así como de lo que esperan de los demás, entre ellos, de quienes son las autoridades encargadas de procurar e impartir justicia. La relación de las estructuras de asignación de recursos y las estructuras de poder con los procesos de interacción que ocurren en el mundo de la vida no es de determinación sino de estructuración, siendo capaces los actores de modificar y moldear los ordenamientos legales de acuerdo con orientaciones tanto estratégicas como valorativas, para las que podemos usar los criterios de clasificación de acuerdo con las etapas del desarrollo moral que plantea Kolbergh y que recupera Habermas para plantear las posibilidades de desarrollo de las estructuras normativas (Villoria y Jiménez, 2014).

La constitución interdisciplinaria de la cultura de la legalidad encuentra un referente concreto en el espacio geográfico institucional perteneciente al distrito Judicial de Orizaba en el estado de Veracruz, México¹. Podemos observar cómo coexisten en este lugar diferentes tradiciones jurídicas que dan lugar a constelaciones de interlegalidad que sólo pueden explicarse a partir de consideraciones históricas, jurídicas, sociológicas y antropológicas que se enlazan con el proceso de formación del sistema político, al mismo tiempo que se ven articuladas a un conjunto de procesos globales relacionados, por un lado, con la presencia de empresas globales y, por el otro, con el papel que han jugado los derechos humanos en la defensa de los derechos cívicos, sociales y culturales de las comunidades indígenas. Por un lado, tenemos los usos y costumbres indígenas, de antigua raigambre, que han perdurado a pesar de no contar con el reconocimiento estatal por mucho tiempo. Estos usos y costumbres, sin embargo, lejos de permanecer inamovibles, se han visto modificados a lo largo del tiempo. Así, mientras que en el ámbito cultural las comunidades indígenas han mantenido su identidad, a través de la preservación de su idioma (Hasler, 1999) de sus rituales y estructuras simbólicas, que se reflejan en las fiestas patronales y en la configuración de un calendario que regula las fronteras entre la vida cotidiana y los momentos en que tienen lugar las festividades, en el ámbito económico los pueblos nahuas que se encuentran en la jurisdicción de Orizaba asumieron la propiedad privada de la tierra como forma de distribución de ese recurso, dando lugar a una serie de litigios que, paradójicamente, sólo se pueden resolver en el seno de las instituciones judiciales estatales.

La coexistencia de diferentes órdenes jurídicos se expresa también en el ámbito de las relaciones familiares, donde muchas comunidades indígenas ejercen sus usos y costumbres con independencia de lo que disponen las leyes estatales, generando situaciones de conflicto e interlegalidad que se resuelven, no a partir de los procedimientos formales establecidos por el derecho de cuño estatal y sancionados por las instituciones judiciales estatales, sino por mediaciones entre los diferentes sistemas normativos, dando lugar a zonas de indefinición e indeterminación. Así por ejemplo, en el caso del matrimonio, el código civil estatal establece que el matrimonio sólo se puede realizar entre personas que hayan alcanzado la mayoría de edad, es decir, los 18 años. En caso de no alcanzar esta edad, se requiere el consentimiento de los padres de ambos cónyuges. Sin

¹ El desarrollo de este apartado está apoyado en trabajo de campo realizado durante algunos meses de 2014 y 2015 en comunidades, juzgados y agencias del ministerio público, así como en consultas hemerográficas, entrevistas y análisis de las encuestas nacionales de victimización y percepción de la seguridad que lleva a cabo cada año el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México.

embargo, en gran parte de las comunidades nahuas pertenecientes al distrito judicial de Orizaba se sigue aún la práctica del matrimonio o uniones de pareja entre jóvenes que apenas cumplen los 13 ó 15 años. Cuando esas uniones se dan a partir del “robo de la novia”, se puede dar lugar a conflictos de interlegalidad, como se han documentado en algunos casos en los que un varón de entre 16 y 17 años se fuga con su novia. De acuerdo con algunos testimonios levantados, el robo de la novia se ha incrementado debido a la escasez de recursos económicos ya que el ritual del pedimento de la novia implica que la familia del novio debe ofrecer en reciprocidad un conjunto de bienes que para los ingresos existentes en esas localidades se han vuelto inaccesibles. Si la familia de la novia no está de acuerdo con el novio, puede ser que recurra a la legislación civil para denunciar por rapto, violación o estupro al muchacho y que este sea castigado por dichos delitos. Se han dado situaciones en las que el novio es castigado a pesar de que su pareja esté de acuerdo en vivir con él, lo visite en la cárcel y busque su libertad, teniendo que recurrir al indulto por parte del gobernador. Por otra parte, en varias comunidades indígenas está permitida la poliginia y se mantiene la costumbre de que un hombre maduro pueda hacerse de una nueva esposa que puede ser de hasta 12 ó 13 años, si le da algo a cambio a los padres. El bien por el que se intercambia a las mujeres jóvenes puede ser un animal, alguna propiedad o dinero. Esta práctica, que revela una situación de total sumisión de las mujeres en algunas comunidades indígenas, es convalidada casi siempre por las autoridades comunitarias, a pesar de que, desde el punto de vista del derecho estatal y de los derechos humanos, viola varios preceptos relacionados con los derechos de los niños y de las mujeres.

Existen también espacios de interlegalidad en relación con la elección de las autoridades comunitarias pues, mientras el derecho estatal electoral establece reglas para la elección de los llamados agentes municipales, a partir de los principios que caracterizan a las democracias liberales: la ciudadanía universal, el voto secreto y directo y la libertad de cualquier ciudadano de postularse para cualquier cargo de elección, algunas comunidades indígenas nombran sus autoridades a partir de sus usos y costumbres, ello implica otros criterios de participación y elección; es decir, ejercen un principio de ciudadanía diferenciada.

Mientras los procedimientos del derecho electoral estatal establecen como requisito para ser ciudadano el ser mayor de 18 años, en algunas comunidades de los municipios de Camerino Z. Mendoza o Soledad Atzompa pueden participar en la elección quienes son jefes de familia, a pesar de que aún no cuenten con esa edad. El requisito fundamental para participar en la designación de las autoridades en este caso, tiene que ver con la realización de trabajos comunitarios o faenas que llevan a cabo los jefes de familia. Así las cosas, si un varón es mayor de edad pero no está casado y no hace faenas, no puede participar en la elección, mientras que, si un varón aún no alcanza la mayoría de edad, pero ya es jefe de familia, puede participar. Es aún muy frecuente que las mujeres queden excluidas de estos procesos. En este contexto, se han dado situaciones en las que una persona mayor de edad o que ya tiene familia, se niega a dar faena y la autoridad lo detiene. El detenido entonces, apela a la legislación estatal y a los derechos humanos, resolviendo casi siempre a su favor las autoridades. Tenemos el caso de una resolución que respeta los derechos humanos desde el punto de vista del derecho occidental, pero que trastoca los sistemas normativos de las comunidades indígenas.

La ciudad de Orizaba, cabecera del distrito judicial, se constituyó como un centro poblacional importante desde la época colonial en virtud de su ubicación que favorecía un clima más templado, así como por la abundancia de aguas, gracias a los escurreimientos provenientes del Citlaltépetl o Pico de Orizaba, la montaña más

alta de México. Pero sin duda, el principal factor que contribuyó a su crecimiento poblacional estaba relacionado con su ubicación estratégica en el camino que conducía del puerto de Veracruz hacia la ciudad de México, convirtiéndose en un importante centro comercial (Arróniz, 1867). Una vez constituido el México independiente, hacia el final del siglo XIX, la región de Orizaba se transformó en uno de los principales centros industriales de México, gracias a la implantación de la industria textil y posteriormente, hacia 1896, de la industria de la cerveza. En buena medida, a partir de las inversiones de empresarios provenientes de la región de Barcelonette en Francia, Orizaba pasó a ser conocida como la “Manchester” mexicana, debido a la gran cantidad de fábricas textiles que se instalaron en la región, siendo escenario, por tanto, de numerosas luchas obreras por alcanzar condiciones dignas de trabajo durante el porfiriato (García Díaz, 1981; 1990). Esa vocación industrial se extendió y se amplió durante el régimen posrevolucionario en el siglo XX. La región de Orizaba se configuraba así como un espacio en el que la modernidad y la industrialización convivían con la tradición representada por las comunidades indígenas que rodeaban a la ciudad. Esa modernidad tuvo su expresión de igual manera en el desarrollo educativo y la constitución de diversas expresiones culturales y artísticas que contribuyeron a la configuración de una cultura liberal e ilustrada. Orizaba fue la primera ciudad en el estado de Veracruz donde se creó una escuela de derecho, hacia 1856, y más tarde una Escuela Normal, fundada por el pedagogo suizo Enrique Laubscher. Esta cultura liberal, sin embargo, se fue acotando con el proceso de formación del sistema político mexicano en el siglo XX, basado en un sistema de partido hegemónico y una estructura corporativa autoritaria, que si bien procuraba satisfacer algunas demandas de las clases subalternas, supeditaba los intereses de las mismas a las necesidades de reproducción del poder político en el marco de un estado social autoritario (Osorio, 2011). El corporativismo y la lucha por el control de la representación obrera, dieron lugar en muchas ocasiones a situaciones de violencia, manteniendo durante muchos años los obreros una actitud combativa para defender sus derechos laborales.

Este esquema, sin embargo, fue desmantelado a partir de la constitución de un modelo de desarrollo neoliberal que propició la entrada de productos textiles chinos que desplazaron la producción local, dando lugar al cierre de numerosas fábricas y al despido de grandes masas de trabajadores. Por otra parte, la industria cervecera experimentó una serie de transformaciones en los procesos de trabajo y cambios de propietarios, impactando esta situación en las condiciones y los derechos laborales de los trabajadores. Hoy en día, la fábrica de cerveza, aunque se sigue llamando Cuauhtémoc-Moctezuma, pertenece a la empresa transnacional *Heineken*, y numerosos extrabajadores que fueron jubilados o despedidos, siguen reclamando sus derechos laborales, modificados por las nuevas condiciones que impone la firma transnacional en el marco del surgimiento de un derecho global que a partir de un conjunto de normas de carácter privado, ha trastocado el derecho laboral que en el anterior régimen tenía un carácter público.

Tenemos ante este cuadro, un distrito judicial en Orizaba, Veracruz, donde coexiste una pluralidad de culturas de la legalidad cuyo estudio sólo puede ser abordado desde un enfoque interdisciplinario. Históricamente, este hecho sólo se puede entender si se tiene claro que el pluralismo jurídico no es algo nuevo sino que proviene de la etapa colonial, donde en el llamado derecho indiano coexistían ordenamientos propios de las repúblicas de indios, junto con el derecho imperial español (Dougnac Rodríguez, 1994). El pluralismo jurídico y las culturas de la legalidad se han ido modificando, dando lugar a diferentes constelaciones de interlegalidad. El derecho liberal que se intentó promover en el siglo XIX y en el porfiriato, influyó en el derecho indígena en cuanto a la propiedad de la tierra, pero

no en la regulación familiar que sigue reproduciendo los antiguos usos y costumbres. Durante el régimen posrevolucionario, la élite política e intelectual se acogió a un positivismo jurídico que, apoyado básicamente en el derecho escrito, servía para legitimar *a posteriori* medidas o decisiones claramente ilegales, sujetando la ley a un proceso de negociación, al ser dependiente el poder judicial del poder político (Olvera, 2010). En este periodo, el derecho y la cultura de la legalidad de raigambre indígena no tuvieron un reconocimiento constitucional, aunque operaba en los hechos.

Hoy en día, a raíz de las reformas constitucionales del año 2001, 2008 y 2011, cuando se reconoció el carácter pluricultural de la nación mexicana, se inició la reforma del sistema penal para pasar de un sistema inquisitivo a otro acusatorio y adversarial, y se asumió el principio de respeto a los derechos humanos como mecanismo de regulación fundamental para la convivencia y la impartición de justicia, el distrito judicial de Orizaba es el escenario de una pluralidad de culturas de la legalidad. Por un lado, tenemos la cultura de la legalidad que prevalece en el seno de las comunidades indígenas, donde se regula la vida de acuerdo con *el costumbre*, aunque constantemente esos sistemas normativos son invadidos o se mezclan con el derecho estatal si se trata de regular conflictos patrimoniales o bien, cuando se trata de elegir a sus autoridades locales, en los que la lógica comunitaria y la identificación con los partidos políticos se utiliza estratégicamente. Entretanto, en el seno de la población urbana, predomina una cultura de la desconfianza hacia las autoridades judiciales que reduce drásticamente la tasa de litigios. Las últimas encuestas de victimización que se realizan año con año, indican que de cada diez delitos que se cometen, sólo uno es denunciado (INEGI, 2013; 2014; 2015). Esta desconfianza se justifica cuando, al hacer una revisión hemerográfica y trabajo de campo que incluye la observación y entrevistas, se constata la naturalización de la cultura de la corrupción y el soborno para torcer la ley y beneficiar, por lo tanto, a quien tenga mayor capital económico, político o cultural. Funcionarios y empleados del ministerio público, del poder judicial y los abogados litigantes en su mayoría, comparten estas prácticas.

Un alto porcentaje de los ciudadanos, tiene una expectativa baja de que los demás respeten la ley, y una abrumadora mayoría tiene certidumbre de que las autoridades no la respetan. Por ello, algunos tienden a reproducir estas prácticas mientras que otros, empiezan a incurrir en medidas preocupantes como los linchamientos o el tomarse la justicia por su propia mano. En el seno de algunas comunidades de los municipios de Soledad Atzompa y Acultzingo, al no tener por parte del estado la garantía de la seguridad, han organizado sus propias policías comunitarias o autodefensas, deteniendo incluso a policías estatales que incurren en abusos. En otras ocasiones, comunidades indígenas se han movilizado ante los juzgados para denunciar a los jueces que han emitido resoluciones que carecen evidentemente de un fundamento legal.

En torno a la reforma penal para establecer el sistema acusatorio y adversarial se producen una serie de resistencias por parte de los agentes estatales, que deliberadamente han retrasado la implantación de los llamados juicios orales. Para ello, han dejado de aplicar los recursos que les fueron asignados por el gobierno federal y no han construido instalaciones adecuadas, mientras una buena parte de los abogados litigantes esperan que no se lleve a cabo o que se reduzca a un acto de simulación. Mientras tanto, un grupo de abogados, reunidos en el llamado “Foro Democrático de Abogados de Orizaba” se han movilizado también para denunciar el retraso y las falencias en la implementación de la reforma del sistema penal, denunciando al propio Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz y ocupando los juzgados de la ciudad de Orizaba.

Tenemos en Orizaba un conjunto de culturas de la legalidad que se preservan, se mezclan y en ocasiones se enfrentan, dando lugar a conflictos sociales que si bien aún no se visibilizan suficientemente en una escala nacional, se pueden convertir en breve, en parte de un amplio movimiento social que lucha por la reforma de la justicia y por establecer un reconocimiento al pluralismo jurídico, apostando por una cultura de la legalidad que promueva la convivencia pacífica, ante la captura parcial que vive el Estado mexicano por parte del crimen organizado, y que ha dado lugar a la constitución de espacios de indefinición entre la legalidad y la ilegalidad que operan en los “márgenes del Estado”.

Para estudiar este fenómeno, cuyos resultados exponemos parcialmente, hemos recurrido a una perspectiva interdisciplinaria, lo que no significa caer en un eclecticismo ni en una mezcla incoherente de conceptos sino recuperar las mejores prácticas y experiencias de investigación, seleccionando las teorías que mantienen compatibilidad en sus supuestos ontológicos, epistemológicos, axiológicos y políticos, sometiendo los planteamientos y los supuestos hipotéticos a una contrastación empírica, teniendo claro que, en las ciencias sociales, será siempre necesario realizar una doble hermenéutica en la que el punto de vista del actor es imprescindible, así como la inserción de este punto de vista en el marco contextual que es posible reconstruir a partir del análisis de las regularidades y tendencias que nos permiten hablar de principios estructurales que articulan sistemas societarios e intersocietarios que son reproducidos y transformados a su vez por la propia praxis de los actores.

Al tratar de problematizar el concepto de la cultura de la legalidad y explorar la posibilidad de su construcción desde una perspectiva interdisciplinaria no hemos hecho sino intentar averiguar lo que de manera muy acertada expone Daston:

Cómo lo hasta ahora desconocido o ignorado, o un conjunto disperso de fenómenos, es transformado en un objeto científico que puede ser observado y manipulado, siendo capaz de ramificaciones teóricas y sorpresas empíricas, cuya coherencia, al menos por un tiempo, lo convierte en una entidad ontológica (Daston, 2000, p. 5).

Por otra parte, evidenciar la diversidad y complejidad que caracterizan a la(s) cultura(s) de la legalidad como objeto de estudio contribuye directamente a un interés práctico, ya que nos permite entender que si bien la promoción de una convivencia pacífica pasa todavía por el fortalecimiento del Estado de Derecho y el respeto a las leyes promulgadas por el Estado, es necesario ir más allá y establecer un diálogo y un acercamiento entre las diferentes culturas de la legalidad que se desenvuelven en el plano de la sociedad civil e incivil, tanto en la escala local como global, identificando las zonas analíticas fronterizas o los márgenes del Estado, ahí donde la debilidad o las insuficiencias del Estado llevan necesariamente a la construcción de otras formas de ejercer la legalidad que requieren reconocimiento. Los sistemas normativos que producen las minorías étnicas, las comunidades de migrantes, los habitantes de las zonas urbanas segregadas deben conectarse con las normas estatales y los derechos humanos de tal forma que permitan aislar la expansión de la violencia y el imperio de la ley más incivilizada: la ley del más fuerte.

Bibliografía

AGAMBEN, G. (1998), *Homo sacer*, Pre-textos, Valencia.

AGAMBEN, G. (2005), *Estado de Excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires.

- ARRISCADO NUNES, J. (2014), "El rescate de la epistemología", en B. de SOUSA SANTOS Y M. P. MENESSES, *Epistemologías del Sur*, Akal, Madrid, pp. 219-244.
- ARRÓNIZ, J. (1867), *Ensayo de historia de Orizaba*, Imprenta de J. B. Aburto, México.
- BARRY, A. Y BORN G. (eds.), (2013), *Interdisciplinarity*, Routledge, Londres.
- BERMAN, P. S. (2007), "Global legal pluralism", *Southern California Law Review*, Vol. 80, pp. 1155-1238. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=985340>.
- BERMAN, P. S. (2009), "The new legal pluralism", *Annual Review of Law and Social Science*, Núm. 5, pp. 225-242.
- BERMAN, P. S. (2010), "Toward a jurisprudence of hybridity", *Utah Law Review*, Vol.1, pp. 11-29.
- BERTHELOT, J. M. (2000), *Sociologie: épistémologie d'une discipline*, Editions de Boeck, Bruselas.
- BERTHELOT, J. M. (2002), *Épistémologie des sciences sociales*, Presses Universitaires France, París.
- BERTHELOT, J. M. (2008), *L'emprise du vrai: connaissance scientifique et modernité*, Presses Universitaires de France, París.
- BLOOR, D. (1998), *Conocimiento e imaginario social*, Gedisa, Barcelona.
- BOURDIEU, P. (2000), "Elementos para una sociología del campo jurídico", en P. BORDIEU, y G. TEUBNER G, *La fuerza del derecho*, Colombia, Universidad de los Andes, pp. 153-218.
- BRAUDEL, F. (1970), *La historia y las ciencias sociales*, Alianza Editorial, Madrid.
- COHEN, J. (2012), "Jurisdicción multicultural en el Estado liberal: una visión crítica", *Economía*, Núm. 1, pp. 35-58. Disponible en http://economia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/03/Economia_1_completo.pdf.
- COHEN, J. (2012), *Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy and constitutionalism*, Cambridge University Press, Nueva York.
- COTTERRELL, R. (1991), *Introducción a la sociología del derecho*, Ariel, Barcelona.
- COTTERRELL, R. (2008), *Living Law: studies in legal and social theory*, Ashgate Pub. Co., Aldershot.
- DAS V. y POOLE, D. (2008), "El Estado en sus márgenes: etnografías comparadas", *Cuadernos de Antropología Social*, Núm. 27, pp. 19-52.
- DASTON, L. (2000), "The coming into being of scientific objects", en L. DASTON, *Biographies of scientific objects*, Chicago University Press, Chicago, pp.1-14.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, A. (1994), *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México.
- FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y razón*, Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, L. (1999), *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*, Laterza, Roma-Bari.

FERRAJOLI, L. (2009), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

FRIEDMAN, L. M. (1975), *The legal system: social science perspective*, Rusell Sage Foundation, Nueva York.

FRIEDMAN, L. M. (1985), *Total justice*, Beacon Press, Boston.

GARCÍA DÍAZ, B. (1990), *Textiles del Valle de Orizaba, 1880-1925*. Universidad Veracruzana, México.

GARCÍA DÍAZ, B. (1981), *Un pueblo fabril del porfiriato, Santa Rosa Veracruz*, Fondo de Cultura Económica, México.

GARFINKEL, H. (2006), *Estudios en etnometodología*, Anthropos, Madrid.

GASCÓN ABELLÁN, M. (s.a.), "La teoría general del garantismo: a propósito del libro de Luigi Ferrajoli "Derecho y Razón". Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf>

GESSNER, V. (2010), "Comparación jurídica y pluralismo jurídico global", en J. A. CABALLERO JUÁREZ, H. A. CONCHA CANTÚ y H. FIX FIERRO, *Sociología del derecho, culturas y sistemas jurídicos comparados, Vol. I, Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, pp. 95-124.

GIDDENS, A. (1995), *La constitución de la sociedad*, Amorrortu, Buenos Aires.

GREIF R. I. (1979), *Legal socialization*. McMillan, Londres.

HABERMAS, J. (1987), *Teoría de la acción comunicativa, Vol. II. Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid.

HABERMAS, J. (1998), *Facticidad y validez: una teoría discursiva del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid.

HABERMAS, J. (2002), *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid.

HABERMAS, J. (2005), *El occidente escindido*, Trotta, Madrid.

HARDT, M. y NEGRI, A. (2005), *Imperio*, Paidós, Barcelona.

HASLER, A. (1999), "Comentario sobre el náhuatl de Orizaba-Maltrata y la historia regional", en *El Valle de Orizaba: textos de historia y antropología*, Instituto de Investigaciones Antropológicas del ayuntamiento de Orizaba, México, pp. 139-144.

HONNETH, A. (2011), *La sociedad del desprecio*, Trotta, Madrid.

HONNETH, A. (2014), *El derecho de la libertad*, Katz Editores, Buenos Aires.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA (INEGI) (2014), *Resultados de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública*, Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, Disponible en <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/regulares/envip/e/>.

KELSEN, H. (2009), *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.

KNORR-CETINA, K. (2005), *La fabricación del conocimiento: un ensayo sobre el carácter constructivista y contextual de la ciencia*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires.

LATOUR, B. (2001), *La esperanza de Pandora: ensayos sobre la realidad de los estudios de la ciencia*, Gedisa, Barcelona.

LATOUR, B. (2004), *La fabrique du droit: une ethnographie du conseil d'etat*, éditions Découverte, París.

LATOUR, B. (2013), *Políticas de la naturaleza*, RBA Libros, Barcelona.

LAVEAGA, G. (1999), *La cultura de la legalidad*, UNAM, México.

LUHMANN, N. (2002), *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana-ITESO, México.

MORIN, E. (1996), *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona.

MORIN, E. (1999), *El método 3: el conocimiento del conocimiento*, Cátedra, Madrid.

NELKEN, D. (1990), *The truth about law's truth*, European University Institute, Florencia.

NELKEN, D. (ed.) (1997), *Comparing legal cultures*, Ashgate, Dartmouth.

NELKEN, D. (2004), "Using the concept of legal culture", *Australian Journal of Legal Philosophy*, Núm. 29, pp. 1-26. Disponible en: https://www.law.berkeley.edu/files/Nelken_-Using%20the%20Concept%20of%20Legal%20Culture.pdf

NICOLESCU, B. (1996), *La transdisciplinariedad: manifiesto*, Multiversidad Mundo Real Edgar Morín, México. Disponible en <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadCienciasExactasNaturales/BibliotecaDiseno/Archivos/General/Transdisciplinariedad.pdf>

OLVERA RIVERA, A. (coord.) (2010), *La democratización frustrada, instituciones garantes de derechos y participación ciudadana en México: los límites de la democratización*, Universidad Veracruzana-Ediciones de la Casa Chata, México.

OLVERA RIVERA, A., (2013), "Ciudadanía precaria y crisis de la estatalidad democrática en América Latina: lecciones para México" en Enrique Florescano y José Ramón Cossío Díaz, *La perspectiva mexicana en el siglo XXI*. Fondo de cultura Económica, México, pp. 118-154.

OSORIO, J. (coord.), (2011), *Violencia y crisis del Estado. Estudios sobre México*. Universidad Autónoma Metropolitana, México.

PÉREZ, C. (2007) "Desconfianza y desobediencia: discurso y práctica del derecho en México". En *Derecho y cultura, seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política*, (SELA), Editorial Tal Cual: Puerto Rico.

DE SOUSA SANTOS, B. (2003), *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Desclée de Brouwer, Bilbao.

DE SOUSA SANTOS, B. (2009a), *Epistemología del sur*, Siglo XXI, México.

DE SOUSA SANTOS, B. (2009b), *Sociología jurídica crítica*, Trotta, Madrid.

SILBEY, S. (2010a), "Legal culture and cultures of legality", en D. JACOBS MARK y N. WEISS, *The Blackwell companion to the sociology of culture*, Nueva York, Blackwell Publishing, pp. 470-479.

DE SOUSA SANTOS, B. (2010b), "Everyday life and the constitution of legality", en J. R. HALL, L. GRINDSTAFF y L. MING CHENG, *Handbook of cultural sociology*, Routledge Press, Chicago, pp. 332-345.

SASSEN, S. (2010), *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, Buenos Aires.

SEWELL, W. H. (1992), "A theory of duality of structure: duality, agency and transformation", *American Journal of Sociology*, Núm. 98, pp. 1-29.

SEWELL, W. H. (2005), *Logics of history: social theory and social transformation*, University of Chicago Press, Chicago.

SIERRA, M. T. (ed.) (2004), *Haciendo justicia: interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, Porrúa- CIESAS, México.

STAVENHAGEN, R. (1988), *Derecho indígena y derechos humanos en América latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México.

STENGERS, I. (2007), *Cosmopolitiques I*, La Découverte, París.

TEUBNER, G. (1997), "Global Bukowina: legal pluralism in the world society", en G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Brookfield, Dartmouth, pp. 3-28.

TEUBNER, G. (1989), "El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante*. Disponible en <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD37473068.pdf>

VILLORIA M. y JIMÉNEZ, F. (2014), "Estado de derecho, cultura de la legalidad y buena gobernanza". En I. WENCES, R. CONDE y A. BONILLA (eds.), *La cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*. Costa Rica, FLACSO, pp. 82-118.

WALLERSTEIN, I. (2007), *Geopolítica y geocultura: ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Kairós, Barcelona.

WENCES, I., CONDE, R. y BONILLA, A. (eds.), (2014), *La cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*, FLACSO, Costa Rica. Disponible en <http://flacso.org/sites/default/files/Documentos/libros/secretaria-general/Cultura%20de%20la%20Legalidad.pdf>

ZAGREBELSKY, G. (2003), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.

“There must be rules”: Gobierno de reglas y legalidad

“There must be rules”: the rule of rules and legality

Antonio Peña Freire

Universidad de Granada

apena@ugr.es

Recibido / received: 26/07/2015

Aceptado / accepted: 30/11/2015

Resumen

Este trabajo versa sobre los principios de legalidad a los que se refirió Lon Fuller y, en concreto, sobre su aspecto más básico que se localiza en el hecho de que los órdenes jurídicos son órdenes compuestos por reglas. Las reglas son patrones de comportamiento que presuponen la capacidad para actuar de los individuos a los que se dirigen, exigiéndoles acciones posibles en un modo distinto al que resultaría si fueran físicamente movidos a actuar en un sentido dado, esto es, han de ser reglas autoaplicables por dejar un margen a la intervención activa de los individuos que valoran y deciden si la regla se refiere efectivamente a ellos, la concreta acción que les exige o las condiciones en que lo hace. La legalidad quedaría así conceptualmente vinculada con las dimensiones morales que Fuller identificó en el derecho y, singularmente, con la autonomía y el respeto por la dignidad de la persona implícito en el reconocimiento de su capacidad para autodeterminarse y para responsabilizarse de sus decisiones, ya que solo sujetos a los que se presuponen esas capacidades pueden ser sujetos constitutivos, en tanto que sus destinatarios, de los órdenes jurídicos.

Palabras clave

Legalidad, Estado de derecho, Fuller, Hart, reglas jurídicas.

Abstract

This work is on the principles of legality referred by Lon Fuller and, in particular, about their most basic aspect, which is found in the idea that legal orders are made of rules. Rules are patterns of behavior which presuppose the ability to act of the individuals to which they are addressed, asking them to perform possible actions in a different fashion to that that would result if they were physically moved to act in a given sense, i.e. rules must be self-applying rules leaving a margin to the active intervention of individuals who value and decide if each rule effectively refers to them, the particular action required or the conditions in which it is required. Legality would be thus conceptually linked to the moral dimensions which Fuller saw implicit in the law and, singularly, with autonomy and respect for the dignity of the people which are implicit in the recognition of their capacity for self-direction and accountability for their decisions, since only subjects endowed with those capacities are suitable to be the kind of subjects legal orders are addressed to.

Keywords

Legality, rule of law, Fuller, Hart, legal rules.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Reglas y legalidad. 2.1. El principio de generalidad según Fuller. 2.2. Generalidad y universalidad. 2.3. Legalidad y reglas: capacidad para actuar, posibilidad y auto-aplicación. 3.4. Autoaplicación y legalidad. 3. Conclusiones

1. Introducción

Para Lon L. Fuller (1964: 146), el propósito característico del derecho es “someter la conducta humana a la guía y control de reglas generales”. Para lograr ese propósito, es necesario que se cumplan suficientemente una serie de ocho requisitos – generalidad, publicidad, prospectividad, inteligibilidad, posibilidad, coherencia, estabilidad de las reglas y congruencia con la acción oficial–, pues si no, el orden social¹ resultante no es un caso de orden jurídico. Así, en una sociedad en la que los comportamientos de sus miembros no estén gobernados por reglas predominantemente generales, públicas, prospectivas, inteligibles, posibles de cumplir, coherentes entre sí, estables y congruentes con la acción de las autoridades encargadas de hacerlas cumplir no existe un orden jurídico, ni ningún observador identificaría ese orden social, cualesquiera que sean sus rasgos, como nada asimilable a un orden jurídico.

Fuller dio distintas denominaciones a estos requisitos, aunque quizás la más conocida de ellas sea la de “moral interna del derecho”. Los denominó de ese modo para poner de manifiesto que eran algo más que simples rasgos formales de la definición de derecho. Los principios de legalidad, como los denominaré en adelante, no solo son condición del cumplimiento del propósito del derecho y lo definen², sino que además le confieren una significativa dimensión moral³. En primer lugar, sostuvo Fuller (1964: 39-41), porque en condiciones de legalidad existe cierta

¹ Fuller (1958a: 75) definió el orden social (social ordering), de un modo un tanto laxo, como las reglas, procedimientos e instituciones, sean de tipo consensual, consuetudinario u ordenado, a través de los que las relaciones entre los seres humanos quedan sujetas a una ordenación formal. Los órdenes sociales son procesos activos de decisión social a través de los que se remueven deficiencias y conflictos y que establecen un soporte estable para relaciones futuras (Fuller, 1981: 198). Un orden social, por tanto, es el conjunto de criterios o procedimientos, sea cual sea su naturaleza, que permiten establecer cómo les está permitido comportarse a los individuos.

² La naturaleza exacta de los principios y su relación con el concepto de derecho es un asunto difícil. La referencia a la distinción entre moral del deber y moral de aspiración que hace Fuller (1964: 3-32) puede ser útil para definir los parámetros básicos de esa naturaleza y ayuda a entender la dimensión ideal de los principios de legalidad, que actúan como aspiraciones que es posible satisfacer en grado variable. Sobre la dimensión aspiracional de los principios de legalidad, véase Escudero, 2000: 383 y ss. Esta dimensión, en cualquier caso, ha permitido que se afirme que el concepto de derecho es un concepto gradual con una estructura arquetípica (Simmonds, 2005: 85 y ss., en contra Kramer, 2007: 101 y ss.). Así, en lo al concepto de derecho se refiere, los principios actúan en un modo determinante y rígido, pues el completo incumplimiento de cualquiera de ellos o un deterioro significativo de todos o algunos, provocan el fracaso del orden social como orden jurídico, es decir, que también son –en esa medida– rasgos necesarios de su definición y no ideales contingentes. Arcos (2000: 126) se refiere a este aspecto como “valor constitutivo de los principios”, una denominación que me parece acertada porque pone de manifiesto la dimensión moral de los principios, la otra tesis básica de Fuller. También Escudero (2000: 29, 345) distingue con claridad entre, de un lado, la relación de los principios de legalidad con las condiciones de la existencia del derecho y, de otro lado, con su moralidad del derecho y, de hecho, hace de esta distinción la clave de su tesis fundamental: la compatibilidad entre los principios de legalidad y el iuspositivismo sin que esto implique ningún reconocimiento relativo a la justicia o moralidad intrínseca del derecho.

³ Puede encontrarse una exhaustiva enumeración de todas las razones avanzadas por Fuller en apoyo del valor moral de los principios de legalidad en Kramer, 1999: 39-42.

reciprocidad entre los gobernantes y los gobernados, pues los primeros, para actuar de modo congruente con lo dispuesto en las reglas, no podrían sancionar a los segundos más que en los casos establecidos por ellas. También señaló Fuller (1964: 162), que los principios de legalidad presuponen una concepción de quien está sujeto a reglas jurídicas como "agente responsable, capaz de entender y seguir las reglas y de responder por sus incumplimientos", lo que implícitamente implicaba cierto reconocimiento de su autonomía y dignidad. Por último, en el *Reply to Critics*, que se anexó al final de la segunda edición de *The Morality of Law*, Fuller (1969: 207 y ss.) contrasta a los órdenes jurídicos basados en la legalidad con los órdenes sociales basados en el control o dirección gerencial (managerial direction)⁴ e, implícitamente, considera moralmente significativa la posición de los individuos en marcos jurídicos, a diferencia de la posición instrumental y más comprometida de los contextos gerenciales. Con esos argumentos, Fuller creyó demostrada la incorrección de la tesis iuspositivista según la cual los principios de legalidad eran simples principios de eficacia, de donde se sigue que el derecho tiene una naturaleza puramente instrumental y que es moralmente neutral⁵.

Hay que tener presente que la tesis relativa a la dimensión moral de la legalidad es lo que podría haber conferido a la teoría del derecho de Fuller una relevancia similar a la de otras concepciones del derecho con las que él mismo contrapuso la propia⁶. Sin embargo, no parece que esa dimensión moral quedara plena y satisfactoriamente fundamentada. Los argumentos expresos con los que Fuller creyó demostrar la dimensión moral del derecho no son suficientemente esclarecedores⁷ y el modo en que presentó y desarrolló el sentido de los principios

⁴ En un contexto gerencial, el individuo recibe diversas directivas de parte de un superior y sirve a los propósitos del superior al cumplir con ellas. En este marco, la relación que es típicamente objeto de las reglas es la relación entre el subordinado y el gobernante ya que es solo indirectamente que se establecen condiciones referidas a las relaciones de los gobernados entre sí. Por el contrario, cuando el orden social es jurídico (a) no se pretende dirigir a las personas en función de un fin definido por el superior, sino ofrecer a los individuos un marco estable y sólido para sus interacciones; (b) el rol del gobierno es permanecer atento y preservar la integridad de ese sistema; (c) el Estado de derecho supone que, a la hora de actuar sobre el individuo, las autoridades aplican lealmente las reglas que previamente habían establecido como aquellas que debían de seguir los individuos y que determinaban cuáles eran sus derechos y obligaciones; y (d) el derecho no parece concebido como un conjunto exhaustivo de instrucciones que agota todos los posibles comportamientos de los sujetos de derecho, sino que más bien establece una base para que los ciudadanos determinen por sí mismos su comportamiento en ese marco (Fuller, 1969: 209-210). En un sentido similar, Fuller, 1981: 234.

⁵ Entre nosotros, el estudio de Escudero (2000: 391 y ss.) aborda críticamente el alcance de esa dimensión moral.

⁶ Hart (1994: 24) asumió un punto de vista formalmente similar al del propósito fulleriano cuando sostuvo "que es completamente vano buscar algún propósito más específico al cual el derecho, en cuanto tal, sirva, más allá de proveer guías a la conducta humana y estándares de crítica a tal conducta". Sin embargo, como advierte Simmonds (2008: 251-52), Hart no extrajo de ese propósito las conclusiones que son centrales en la teoría del derecho de Fuller.

⁷ Hay, de hecho, quien se ha referido a carencias en el discurso filosófico de Fuller, una dificultad importante si, a partir de él, se quiere vincular la forma del derecho y su valor moral. Rundle (2012: 5) alude, por ejemplo, a la incapacidad de Fuller, reconocida por él mismo, para trasladar sus puntos de vista al lenguaje característico de los debates filosóficos, lo que convierte su filosofía en algo resbaladizo, poco atento a la elección de términos y expresiones, muy alejado de los niveles de rigor analítico de sus contradictores. En un sentido similar, hay partidarios (Winston, 1981: 12, Priel, 2001: 2) y críticos (Leiter, 2009: 165). Fuller no fue, en efecto, un filósofo obsesionado por elaborar sistemas ni por el rigor analítico a la hora de presentar sus tesis; de hecho, raras veces las formula canónica o expresamente y, en ningún caso, las presenta en forma ni remotamente parecida a un sistema. Sin embargo, no toda la responsabilidad es de Fuller. También se ha advertido que no es un autor muy leído ni correctamente interpretado por sus lectores (Priel, 2001: 3), pese a que en los últimos años la bibliografía sobre Fuller se ha multiplicado e incluso han aparecido algunas monografías (Summers, 1984, Allan, 2001, Simmonds, 2007, Rundle, 2012) u obras colectivas (Witteveen y Burg, 1999, Cane, 2010) muy significativas y que se refieren directamente a él o que se construyen decisivamente sobre sus tesis. Los lectores hispanoparlantes, por cierto, contamos con algunas referencias importantes, como son las de Escudero, 2000 y Arcos, 2000 y 2000a: esp. 122-154.

tampoco ayuda. Fuller no llegó a describir de un modo riguroso en qué consiste ese estado llamado "legalidad" que ha de ser común en un grupo social para poder afirmar con propiedad que, en él, existe un orden jurídico que gobierna el comportamiento de sus miembros, ni tampoco a la hora de demostrar su dimensión moral. Veamos algunas de las carencias más significativas de su discurso al respecto.

Fuller, en primer lugar, asumió el punto de vista de la autoridad a la hora de presentar los principios de legalidad⁸, esto es, los presentó como condiciones que una autoridad tiene que cumplir para poder crear o producir un orden jurídico. Al hacerlo así, pretendía poner de manifiesto que existen límites a lo que un gobernante-legislador puede hacer a sus súbditos cuando los gobierna jurídicamente, aunque así también ocultaba su genuino propósito, que era el de aclarar qué es lo que hace posible que el derecho sea algo susceptible de ser obedecido y lo que, en consecuencia, lo define porque explica su normatividad (Nadler, 2007: 19, 25). Al adoptar el punto de vista del legislador, también asumía que el orden jurídico es típicamente el resultado de una serie de acciones planificadas del gobernante y que el derecho es, por así decirlo, su producto debidamente exteriorizado, un planteamiento éste habitual entre sus oponentes teóricos iuspositivistas.

En segundo lugar, Fuller sugirió que el respeto a los principios de legalidad era una condición de la eficacia del derecho, pues para él (Fuller, 1964: 156), "una adhesión mínima a la moralidad legal es esencial para la eficacia práctica del derecho", con lo que la moral interna quedaba relacionada con "los modos en los que un sistema de reglas para el gobierno del comportamiento humano debe de construirse y administrarse para ser eficaz y, al mismo tiempo, seguir siendo lo que pretende ser" (Fuller, 1964: 97). El símil al que Fuller (1964: 96 y 155) recurrió para explicar esta dimensión de los principios no pudo ser más desafortunado: los comparó con las técnicas, habilidades y herramientas que el carpintero debe de emplear si quiere que la casa que construye –sea una guarida de ladrones o un orfanato– se mantenga en pie y cumpla con su propósito. Esto sugería que los principios de legalidad tienen una dimensión puramente técnica, donde la generalidad, publicidad, prospectividad general, etcétera, son condición de la eficacia o posibilidad práctica del derecho, pero no rasgos expresivos de su dimensión moral. De nuevo, Fuller parecía asumir los planteamientos de sus rivales teóricos: una concepción instrumental del derecho que casa perfectamente con la afirmación de su neutralidad moral, esto es, de que el derecho como tal no tiene ningún valor moral, salvo el de los fines para los que es empleado. Sus oponentes teóricos, al debatir con Fuller sobre estas cuestiones, por así decirlo *jugaban en casa*, razón por la que parece lógico pensar que ganaron el debate.

Por último, los principios de legalidad no son exclusivos de contextos jurídicos, pues también se dan, por ejemplo, en el control social de carácter gerencial, que había sido presentado como lo opuesto a lo jurídico (Fuller, 1969: 208). Cinco de ellos –la publicidad, posibilidad, coherencia, estabilidad e inteligibilidad– son compatibles con el sentido y los objetivos característicos del control gerencial. Respecto de la generalidad y la congruencia de las reglas con la acción oficial, tienen sentido en un control de tipo gerencial, pero como principios de eficacia. El gobernante-gerente, por ejemplo, dictará normas generales cuando así vea promovidos sus objetivos, aunque dará directivas específicas cuando ésa sea la mejor manera de alcanzar el fin que persigue. Del mismo modo, actuará como había anunciado que lo haría normalmente, aunque no dudará en actuar de un modo

⁸ Lo advierte, por ejemplo, Allan, 2001: 53-55.

distinto si la efectividad de sus objetivos lo exige⁹. Fuller (1969: 209) consideró que estos principios característicos de los contextos gerenciales no son genuinos principios de legalidad, sino, a lo sumo, sus "análogos gerenciales" (*managerial analogues*)¹⁰. La diferencia, sin embargo, era muy sutil, más teniendo en cuenta que previamente, como hemos visto, se había presentado a los principios de legalidad como habilidades, técnicas o herramientas, esto es, de un modo que se asemejaba mucho a las características de los instrumentos o principios de eficacia propias de los gerentes y planificadores. El hecho de que el mismo principio opere en modo moral o instrumental, esto es, como principio dotado de gran significación moral o como principio de eficacia, siembra dudas sobre sus rasgos y ha llevado a acreditados críticos a negar cualquier significación moral para los principios de legalidad¹¹.

Hay quienes, intentando rescatar las tesis fullerianas, han mirado fundamentalmente al principio de congruencia entre lo declarado por las reglas y la acción de las autoridades para intentar justificar la afirmación de que el derecho es un orden social dotado de una singular significación moral¹². El propio Fuller (1969: 209) parece que pensaba que ése era el camino, pues en su *Respuesta a los críticos*, afirmó que ese principio –junto con la generalidad– era clave para distinguir el control gerencial del jurídico.

Pese a la importancia del principio de congruencia entre la acción de los gobernantes y sus reglas, no parece que sea el elemento clave de la singularidad del orden jurídico, ni la razón de su dimensión moral, dado su carácter operativo. Esto es, la congruencia de la acción de los poderes públicos con las reglas es algo posterior a las reglas mismas, pues se plantea en la relación entre las reglas y las acciones de los gobernantes, es decir, cuando las reglas ya formuladas aparecen entre los presupuestos de las decisiones de los gobernantes.

Así las cosas, la *tesis estrella* de Fuller queda en una situación muy comprometida. Es difícil aspirar a que se valide la afirmación de que la legalidad es algo moralmente valioso si no se ha definido con precisión qué es la legalidad y si las referencias a su valor moral parecen radicar más en la adhesión de los gobernantes a las reglas legales que en las propias reglas. Para alcanzar la cota

⁹ Respecto de la prospectividad, no es, según Fuller (1969: 209), posible en contextos gerenciales, pues no tiene sentido recibir del superior-gerente hoy la indicación de hacer algo ayer.

¹⁰ Es curioso –porque contribuye a la confusión entre órdenes jurídicos y gerenciales– que Fuller (1969: 209) admita cierta reciprocidad en la relación del gerente con sus subordinados: si el superior presiona demasiado a los subordinados, los confunde o los acusa falsamente de no haber seguido sus instrucciones, quizás la moral de los subordinados se resquebraje y no sirvan tan bien al superior como lo harían de otro modo. Es más, es posible incluso que abandonen su puesto y desistan de participar en el proyecto o que se revuelvan contra el gerente. Esta reciprocidad y la autorrestricción que el gerente pudiera decidir poner en práctica son, sin embargo, congruentes con la dimensión vertical de la relación gerencial entre quien da una orden y quien la obedece.

¹¹ De hecho, hay quien opina que pueden resultar tremadamente útiles al gobernante para lograr sus propósitos, incluso si éstos son singularmente perversos. Al respecto, Kramer (2004: 69) para quien al gobernar conforme a los principios de legalidad: (1) se facilita la transmisión clara y concisa de las órdenes a la población posibilitando así su cumplimiento; (2) se ofrecen incentivos a la obediencia al asegurar cierta correlación entre el cumplimiento de lo dispuesto y la inmunidad respecto de la coacción pública; y (3) se facilita la coordinación de los agentes mismos de la autoridad posibilitando que lleven a la práctica proyectos de gobierno a gran escala. Según Kramer, esto sería suficiente para justificar la tesis de que los gobernantes injustos tienen razones basadas en el propio interés para acatar los principios de legalidad, lo que, a su vez, demuestra la neutralidad moral del derecho.

¹² Simmonds (2002: 231, 2004: 108 o 2005: 79) lo hace así en su debate con Kramer a propósito de si los gobernantes injustos tienen razones para acatar los principios de legalidad. Este debate ha versado fundamentalmente sobre argumentos relativos al principio de congruencia, tratando de determinar si el hecho de que los gobernantes perversos actúen conforme a lo que habían anunciado incentiva o no la obediencia de sus súbditos hacia sus reglas, lo que, de paso, les facilitaría la consecución de sus objetivos inicuos. Al respecto, las tesis de Kramer pueden encontrarse en Kramer, 1999: 69-71, 2004: 85 o 2006: 167. Un repaso crítico del debate en Peña Freire, 2014: 891 y ss.

filosófica a la que la tesis aspira, sería necesario, primero, ser muy preciso en la definición exacta de los principios de legalidad, esto es, de las condiciones de concebibilidad o posibilidad de los órdenes jurídicos, para luego mostrar el fundamento de su dimensión moral, dos tareas relacionadas aunque distintas entre sí. Mi objetivo aquí va referido básicamente a la primera de ellas. Me referiré, en primer lugar, a un aspecto de la legalidad que considero básico en el sentido de que todos los demás principios son sus atributos, incluyendo el relevante principio de congruencia con la acción estatal. La idea es bien simple: la primera condición para poder afirmar que un individuo está en un marco de legalidad o que un grupo social está gobernado en condiciones compatibles con la legalidad es que existan reglas que establezcan lo que se puede o no se puede hacer. La idea de regla es pues clave para comprender qué es la legalidad y, por tanto, para valorar sus potenciales dimensiones morales. Para comprender adecuadamente esa noción será necesario combinar algunas de las afirmaciones que Fuller, en su análisis de los principios de legalidad, realizó bajo las denominaciones de "la generalidad del derecho" y el de "leyes que exigen lo imposible", es decir, hay que partir de los principios de generalidad y posibilidad. La tarea no es fácil, pues, como veremos, la presentación del principio de generalidad fue particularmente descuidada por Fuller, quizás por considerarlo el más obvio de todos. Finalmente, una vez definido el principio básico de la legalidad y tras mostrar que la legalidad es ininteligible sin una comprensión adecuada de la noción misma de regla, veremos cómo ya, en ese nivel, se manifiesta la significación moral del derecho que Fuller intuyó.

2. Reglas y legalidad

2.1. El principio de generalidad según Fuller

De los principios de legalidad, entre ellos los principios de generalidad y posibilidad, nos habla Fuller de modo fragmentario en distopías, alegorías y referencias a casos, reales o imaginarios, aparentemente de poca trascendencia. Centrándonos en la idea de generalidad, sabemos, por ejemplo, que fue un déficit de generalidad una de las razones por la que Rex, el protagonista de su conocida alegoría del monarca reformador, fracasó en su intento de crear un orden jurídico. Como es sabido, Rex, tras derogar todo el derecho vigente, no llega a alumbrar un orden jurídico nuevo, pues no es capaz de elaborar las más simples generalizaciones en sus leyes. Tampoco logra hacerlo cuando decide resolver caso a caso los conflictos suscitados entre sus súbditos, pues no llega a alumbrar patrones implícitos que hubieran podido ser detectados y empleados por sus súbditos como guías ciertas de comportamiento (Fuller, 1964: 34).

Desde un punto de vista teórico, el apartado que Fuller (1964: 46-49) dedica a la generalidad es poco clarificador. Contiene apenas unos párrafos en los que se dan cita lo que parecen ser enunciaciones expresivas de la voluntad de estar construyendo algún rasgo absolutamente definitivo de lo que es un orden jurídico, junto a referencias a experiencias y casos que no dan para conformar una definición canónica elemental.

Hay, no obstante, una idea que me parece interesante, más por su expresividad y por el modo enfático en que Fuller la presenta que por su carga teórica y que bien podría ser el punto de arranque desde el que empezar a elaborar una teoría de la generalidad como principio de legalidad. La idea en cuestión es la siguiente: el primer requisito que debe cumplir cualquier orden social para gobernar el comportamiento humano en condiciones que típica e inequívocamente consideramos como un caso de orden jurídico es que haya reglas ("there must be rules"). Que un orden jurídico es, como mínimo, algo compuesto por reglas parece,

como el propio Fuller (1964: 46) señala, una obviedad¹³. Una regla secreta puede ser secreta, pero “ser secreta” no deja de ser un atributo de la regla. Una regla secreta, por ejemplo, es aún una regla y un orden formado por reglas secretas parece fracasar como orden jurídico de un modo distinto al que fracasaría un orden social que no contuviese reglas.

Sin embargo, ni la denominación ni la idea común de generalidad parecen candidatas aptas para transmitir esa intuición. Como ocurre con la publicidad, las reglas podrán ser o no generales o serlo más o menos y ambos casos son distintos de aquél en el que no hay reglas. Dicho de otro modo: qué sea una regla es algo distinto de su generalidad, pues esto, como ocurre con los otros requisitos de legalidad, apunta más a un atributo que a un rasgo definitorio de la noción misma de regla.

Antes de seguir precisando el sentido de esa dimensión absolutamente central para el éxito de los sistemas jurídicos a la que Fuller podría haberse referido al decir aquello de que *there must be rules*, distinguiré entre la universalidad y la generalidad, porque frecuentemente aparecen confundidas y porque son solo algunos aspectos de la segunda los que me interesan.

2.2. Generalidad y universalidad

Existe cierta confusión entre los autores que han tratado el tema de la generalidad de las reglas con inquietudes análogas a las fullerianas al momento de analizar el sentido de este principio de legalidad. Hart (1961: 26-27), por ejemplo, se refirió a las diferencias existentes entre el “deténgase” del policía y el modo normal de operar del derecho. El derecho opera típicamente indicando un tipo general de conducta y se aplica a una *clase general de personas* de quienes se espera que cumplan lo prescrito. El control jurídico, afirmaba Hart, es control mediante directivas que son, en ese *doble sentido*, generales¹⁴. Raz (2009: 215) considera que el Estado de derecho no es incompatible con la existencia de *normas particularizadas*, siempre que el marco que define las potestades y deberes de aquellas autoridades a las que se confiere la potestad de crear normas particulares esté claramente definido y sea estable. Kramer (2007: 109-110) afirma que la generalidad se define en función tanto del tipo de acción a que se refiere la directiva como en función de los *sujetos* cuya conducta regula. La generalidad es incompatible con las normas referidas a acciones específicas y con las *directivas particularizadas*, esto es, dirigidas a *sujetos particulares*. Las normas generales típicamente se aplican a tipos de conducta y no a casos particulares de comportamiento y también a *categorías generales de sujetos* en lugar de a individuos particularizados.

Estas referencias sirven para ilustrar la confusión que existe entre generalidad y universalidad de las reglas. Fuller (1964: 47) llamó la atención sobre el hecho de que, en ocasiones, la idea de generalidad se vincula con la universalidad, es decir, con la exigencia de que las reglas se refieran a clases generales de individuos, que no contengan nombres propios o de que no existan leyes privadas o especiales. Advirtió también que esto está vinculado más bien el principio de equidad (fairness) en el trato y que no era exactamente la generalidad que él consideraba condición necesaria para la existencia de los órdenes jurídicos.

En efecto, las referencias de Fuller a la difícil relación entre la idea de derecho y la existencia de “leyes privadas” o de “legislación especial” apuntan a aspectos relativos al ámbito de validez personal de las normas, esto es, a quiénes

¹³ Un planteamiento similar en Radin, 1989: 785.

¹⁴ En el mismo sentido, muy expresivamente, en Hart, 1958: 622-623.

se refieren las normas y a si son normas universales o particulares en el sentido de si sus previsiones van dirigidas a todos, a todos los miembros de una categoría o si existen disposiciones particulares aplicables solo a algunos individuos o incluso a un solo individuo. La universalidad depende, para Fuller, del número de destinatarios de las reglas, mientras que la generalidad parece más bien un aspecto definitorio de las reglas como tales, independientemente del número de sujetos a los que se dirijan.

Por mi parte, también distinguiré entre generalidad –cuyo significado es precisamente lo que intento determinar en este trabajo– y universalidad de las reglas. La universalidad ataña exclusivamente a los destinatarios de las reglas y, en particular, a la mayor o menor extensión de su ámbito de validez personal. Son reglas universales las que se refieren a todos sus potenciales destinatarios, como ocurre con las reglas que se refieren a todos sin distinción o a todos los integrantes de una categoría (todos los españoles, todos los mayores de edad). En el extremo opuesto, tendríamos a las reglas nominales, que son aquellas que identifican a sus destinatarios por su nombre propio o algún otro atributo personal¹⁵. Entre ambos extremos quedarían reglas que, de algún modo, singularizan un grupo dentro de otro mayor (los españoles naturalizados, los contribuyentes que estén al corriente de sus obligaciones fiscales...), que podrían ser consideradas particulares o universales¹⁶, según se miren desde la perspectiva de la categoría mayor o se valore el hecho de que se refieren a todos los miembros de la subcategoría¹⁷. La universalidad/particularidad es algo distinto de la generalidad/especificidad o concreción que, como veremos, depende de otros factores¹⁸, aunque entre ellos está la propiedad que define a los destinatarios, pues una regla podría no especificar exactamente a quién o cuántos se refiere por referirse a ellos de un modo abierto y sería una regla general, aunque finalmente acabase dirigida solo a un individuo una vez que el rasgo se hace concreto¹⁹.

En suma, lo que interesa destacar de momento es que la generalidad en tanto que condición de legalidad no es equivalente a la universalidad de las reglas: la universalidad apunta a la necesidad de que las normas se refieran a todos los miembros de un grupo o, al menos, a amplias clases de individuos. La generalidad tampoco es exactamente lo mismo que la impersonalidad de las reglas: como se sigue de Fuller, un sistema de reglas particulares e incluso personalizado, como el que resulta de un contrato laboral²⁰, podría ser general en el sentido que va a

¹⁵ No contemplaré el absurdo de una regla que se refiriese a todos los seres humanos por su nombre y apellidos, que sería nominal pero universal.

¹⁶ Como señala Schauer (1993: 79), las generalizaciones son relativas, pues lo particular en un ámbito puede ser general en otro.

¹⁷ En este punto, consideraciones analíticas y valorativas se cruzan: por lo general, se considera particular a la regla que establece, sin una justificación suficiente, un trato diferenciado para los integrantes de una subcategoría. La universalidad/particularidad de la regla en este caso, parece solaparse con los juicios de valor relativos a la discriminación.

¹⁸ De este modo espero evitar la confusión a la que lleva la ambigüedad terminológica de propuestas como, por ejemplo, la de Laporta (2007: 88-89) quien distingue entre generalidad aplicada a la acción que es contenido de la regla, generalidad aplicada al destinatario, para añadir además un poco clara referencia a la universalidad como propiedad de las reglas relativa a su forma lógica.

¹⁹ Es lo que ocurriría, por ejemplo, si alguien dice que "quien haya traicionado al líder, deberá..." y, finalmente, resulta haber solo un traidor. Es una regla general, aunque termine proyectándose solo sobre un sujeto.

²⁰ Hay una complicación adicional con esa referencia (Fuller, 1964: 47) y alguna otra análoga (Fuller, 1964: 125), en la que se admite la posibilidad de un sistema legal (system of law) que regulase el comportamiento de un solo individuo a título particular (single named individual). Esta referencia es una fuente de problemas, pues la posibilidad de un orden jurídico con un solo destinatario es altamente implausible y suscita, como poco, una mueca de extrañeza en el lector. Esta objeción podría superarse, sin embargo, si leemos las referencias de Fuller a la generalidad de los sistemas de leyes dirigidos a un individuo como consideraciones relativas a la *relación de legalidad* y no directamente a

explicarse inmediatamente, porque la generalidad de una regla no depende del número de sujetos presentes en la relación, sino, en todo caso, del modo en que se singularizan y porque, incluso en el caso de que fuera una regla nominal, hay otros elementos –la acción y la condición de aplicación– que podrían hacer de esa regla una regla general.

2.3. Legalidad y reglas: capacidad para actuar, posibilidad y autoaplicación

Según Fuller (1964: 34), Rex fracasó porque no supo alumbrar patrones de ningún tipo a partir de sus exigencias o decisiones. No es fácil saber qué es lo que Fuller intentó transmitir con esas referencias a “patrones de algún tipo” (*patterns whatsoever*). El motivo, él mismo lo dice, es que es raro que un procedimiento para el control del comportamiento de alguien no llegue a formular siquiera algún estándar, generalización o patrón, aunque sea básico. Es difícil encontrar ejemplos de reglas-absolutamente-no-generales, pues hasta las órdenes más simples y singulares, cuando se multiplican para un mismo individuo o se dirigen a colectivos amplios de destinatarios, terminan presentando cierta dimensión general o, al menos, eso es lo que tratarán de identificar sus destinatarios.

Esta tendencia de los individuos a la identificación de patrones generales a partir de lo que podrían ser órdenes absolutamente específicas no es solo una dificultad para encontrar directivas de este tipo. Es, en especial, prueba de un rasgo importante de la noción de regla y del proceso por el que se somete a reglas el comportamiento de un individuo. Ordenar algo o dar una regla no es una actividad unidireccional que se proyecta de un sujeto a otro que recibe el impacto de las órdenes del primero, sino un complejo proceso de comunicación entre emisor y destinatario, donde existen relaciones y expectativas recíprocas, siendo la propensión a la generalización una de esas expectativas (Fuller, 1964: 48). Quien ordena ha de ser capaz de anticipar la reacción que tendrán sus palabras en el destinatario y de elaborar un mensaje teniendo en cuenta el modo en que será entendido por su destinatario para que así sus términos den lugar a la reacción deseada; del mismo modo, quien obedece ha de poder distinguir entre las acciones que serán percibidas como instancias de cumplimiento de lo dispuesto y las que no y, a veces, incluso de anticiparse al mandato identificando las situaciones en la que típicamente es ordenado²¹.

En efecto, normalmente quien da una orden o una regla manifiesta lo que quiere formulándolo en un mensaje y sabe que tiene un destinatario que lo recibe, que lo entiende, lo interpreta y usa integrándolo en su razonamiento práctico para orientar su propia conducta. Lo que no hace quien condiciona a otro mediante reglas es accionarlo o manejarlo como si fuera una herramienta o actuar sobre él como si fuera un cuerpo inerte. En su lugar, emite una directriz a través de la que espera que sea el mismo destinatario el que se comporte y cause el efecto que el emisor desea. Esa distinción elemental entre condicionar a otro influyendo su comportamiento mediante órdenes o reglas y condicionarlo físicamente está presente en muchos conceptos característicos del lenguaje normativo. Por ejemplo, juzgar a alguien por su incumplimiento, dirá Fuller (1969: 162-63) más adelante, sugiere esta idea, pues

los órdenes jurídicos como tales. De acuerdo a esta lectura, Fuller, al presentar esas ideas sobre la generalidad y la particularidad, no estaría definiendo directamente qué es un orden jurídico, sino qué es una relación de legalidad. Una relación, de un modo mucho más natural que un orden, puede serlo entre dos sujetos: entre empresario y trabajador existe, en efecto, una relación, pero no orden o sistema de derecho, y no hay problema alguno en considerar que esa relación es de legalidad si está definida en reglas, particular por el número de sujetos implicados y general en función del contenido de las normas que la definen.

²¹ Parece que ocurre así, como advierte Fuller, incluso en casos muy rudimentarios, como el “dame la pata” dirigido a un perro.

se juzga a quien tiene capacidad para actuar, mientras que a aquellos a los que no se les supone esa capacidad no son juzgados, sino que son accionados ("we no longer judge a man, we act upon him"). La distinción entre gobernar por reglas y accionar, como veremos, es particularmente relevante en el análisis que sigue.

Con esas consideraciones en mente, me propongo comenzar la reconstrucción teórica del sentido elemental de la legalidad partiendo de la siguiente idea: la primera condición de la legalidad, esto es, la propiedad de un orden social que permite clasificarlo como un orden jurídico, es que *haya reglas*, es decir, que haya directivas o estándares de comportamiento que (a) se refieren a acciones de agentes con capacidad para comprender la regla y actuar en consecuencia; (b) que se refieren a acciones posibles; y (c) que no acotan con total precisión todos los elementos de la regla –concretamente, la acción exigida, sus condiciones de aplicación o los sujetos a los que se dirige–, sino que dejan abierto un margen que hace posible la autoaplicación de la regla por el agente.

Esta explicación de la noción de regla y del sentido elemental de la legalidad no pretende, ni mucho menos, agotar la definición de lo que sea una regla y menos aún de una regla jurídica, sino simplemente destacar el sentido del principio elemental que define la relación de legalidad tal y como fue esbozada por Fuller, para poder comprobar después cuál es su significación moral. Es seguro que la definición y las consideraciones que siguen pueden ser cuestionadas desde diversos flancos por incompletas, aunque espero que ese tipo de críticas no les impidan cumplir con su objetivo que es, insisto, precisar el sentido elemental de la relación de legalidad. Teniendo siempre presente ese objetivo, veamos la noción con más detalle.

Acciones de agentes con capacidad para comprender las reglas y actuar en consecuencia

Como hemos anticipado anteriormente, suena trivial afirmar que un orden jurídico está formado por reglas referidas a acciones de sus destinatarios. Pese a ello, ese aspecto elemental nos pone sobre la pista de algunos rasgos importantes de la relación de legalidad. La relación de legalidad es la relación que se da entre dos o más sujetos en la que lo que uno o algunos de ellos permiten hacer a los otros o lo que pueden hacerse recíprocamente está definido por reglas. Las reglas son patrones de comportamiento que se dirigen a los sujetos en tanto que agentes, es decir, que presuponen que tienen capacidad para actuar por sí mismos. Las reglas no pueden referirse a entes inanimados ("clima, no te calientes"), ni tampoco a seres vivos que carecen absolutamente de capacidad de actuar²². Tampoco tiene sentido considerar como reglas a las exigencias formuladas a recién nacidos o a quienes son absolutamente incapaces de comprender o gobernarse, por ejemplo, por haber sufrido severos daños neurológicos. Típicamente, las reglas se dirigen a individuos con capacidad para comprender su sentido y de actuar en consecuencia. Adicionalmente, podemos considerar la posibilidad de que las reglas se dirijan a entidades formadas por diversos individuos en tanto que a la entidad como tal se impute una respuesta decidida por todos o algunos de sus miembros integrantes²³.

²² Dejo abierta la posibilidad de que, en ciertos casos, algunos animales tengan la capacidad para comprender y abstraer lo que se les exige y de responder y comportarse en modos elementalmente similares a los característicos de los agentes humanos ante las reglas.

²³ No me pronuncio sobre la posibilidad de gobernar mediante reglas el comportamiento de entes sin estructura formal rectora, como, por ejemplo, la humanidad o las generaciones presentes o futuras. En ocasiones, sin embargo, se considera a estos entes o abstracciones como sujetos de reglas, como cuando se afirma, por ejemplo, que las generaciones actuales tienen deberes hacia las futuras o que la

Acciones posibles: el principio de posibilidad

Las reglas condicionan el comportamiento de los individuos en aspectos sobre los que tienen capacidad rectora, lo que presupone necesariamente que las reglas se refieren necesariamente a acciones posibles. Una acción es posible cuando tiene una alternativa y será posible para el individuo cuando la realización de la acción exigida o de su alternativa queda bajo su control rector en tanto que destinatario de la regla. Desde un punto de vista conceptual elemental, las reglas son enunciados directivos que han de ir referidos a comportamientos posibles. Igual que no son reglas las "directivas" referidas directamente a entes inanimados obviamente carentes de capacidad rectora, tampoco lo son las que, aunque dirigidas a individuos con capacidad de actuar por sí mismos, no la presuponen por apuntar a comportamientos imposibles. Es evidente que este aspecto está conceptualmente vinculado a la capacidad para actuar de los individuos, pues uno no tiene capacidad para evitar lo que necesariamente se producirá o para dar lugar a lo que no se producirá porque es imposible.

No tiene sentido, por ejemplo, una regla claramente referida a un individuo con capacidad de actuar pero que le exige hacer algo imposible ("tú, impide que el planeta rote"). Tampoco lo tiene ordenar a un agente ser o no ser algo que no puede ser o no ser, ni ordenar hacer o dejar de hacer algo que no se puede hacer o dejar de hacer. Supuestas "reglas" que prohibiesen a los individuos envejecer o morir o controlar a voluntad su temperatura corporal no tienen sentido. Estas "reglas" son absurdos conceptuales; son prescripciones fallidas a un nivel elemental.

Existe cierta *tradición* en la teoría del derecho relativa a la posibilidad del contenido de las normas jurídicas. Bobbio (1956: 157) señaló, por ejemplo, que cualquier acción posible puede ser el contenido de una norma jurídica, pero que no pueden serlo las necesarias, porque las normas al respecto serían irrelevantes, ni las imposibles, pues serían inejecutables. Las acciones naturales que el hombre, por necesidad natural, no está en posición de cumplir o incumplir y que son independientes de su voluntad no pueden ser el objeto de ningún tipo de regla de conducta ni tampoco de normas jurídicas. La exhaustiva definición de acción de Wright (1963: 53 y ss.) y su reconstrucción del concepto de las prescripciones también presuponen ese rasgo, pues van referidas exclusivamente a agentes que tienen capacidad para producir o evitar un estado cosas en el mundo que habría sido de otro modo sin su intervención.

Este aspecto tan crucial tampoco está ausente en la definición de la relación de legalidad de Fuller, quien se refirió a la posibilidad como una de sus condiciones, aunque no lo hace al analizar el rasgo obvio de la legalidad que está implícito en la afirmación de que *existen reglas*, sino algo más adelante, como una condición adicional a la existencia de reglas. Para Fuller (1964: 70), las normas de un orden jurídico no deben de exigir acciones imposibles. Un conjunto de disposiciones que exigiesen a sus destinatarios hacer cosas imposibles no es, por razones conceptuales, un orden jurídico. Esta idea le parecía evidente hasta el punto de que a Fuller le resultaba muy difícil imaginar a una autoridad, incluidos los más perversos dictadores, dispuesta a exigir a aquellos a quienes gobiernan que hagan lo imposible. Fuller considera que la idea de exigir lo imposible es un absurdo impropio de gobernantes que estén en su juicio. Incluso plantea la hipótesis de que se pueda interpretar todos los demás requisitos de legalidad a la luz del principio de posibilidad, en tanto que, por ejemplo, una ley retroactiva es una ley imposible de

humanidad tiene tales o cuales deberes hacia otras criaturas o hacia el planeta. En principio parece más una forma de sinédoque que una relación normativa estricta.

cumplir, lo mismo que una ley secreta o incoherente, si bien aclara que los expone de manera separada para ofrecer más claramente la guía práctica sobre la conducta que se sigue de cada uno de los requisitos.

Más allá de las referencias éticas a rasgos del agente o a los desvaríos autocráticos de gobernantes que parecen haber perdido el juicio²⁴, es claro que la posibilidad de la acción está vinculada con la noción más elemental de regla. "Ordenar" algo imposible no es solo una afrenta a la dignidad de los individuos o un signo de locura; quien lo hace comete un error, por así decirlo, más elemental. Una regla cuyo contenido es una acción imposible es algo distinto de una regla inestable o secreta, pues ésta es una regla al menos en un sentido abstracto o formal, esto es, desligada de su contexto y circunstancias y atendiendo exclusivamente al sentido de sus palabras. Sin embargo, no hay regla allí donde se exige a los individuos hacer lo que es imposible hacer. Una regla cuyo contenido es imposible es una regla conceptualmente fallida, lo que debería de llevarnos a negar la naturaleza misma de regla a enunciados de ese tipo. El principio de posibilidad más que un añadido a la idea elemental de regla, es parte de la misma.

Accionar y regular: las reglas autoaplicables

La tercera dimensión de la noción de regla, que es también una condición de la legalidad, es la posibilidad de autoejecución o autoaplicación. Explicar qué son reglas autoaplicables exige que consideremos de nuevo el sentido de la distinción existente entre accionar o manejar a alguien y regular su comportamiento. No es lo mismo someter a reglas el modo en que se comporta un individuo que manejarlo o accionarlo para lograr que adopte una posición dada o para desplazarlo del lugar en que se encontraba. Como vimos, esa segunda actuación parece difícilmente compatible con el lenguaje y los conceptos normalmente vinculados con la promulgación y ejecución de las reglas. Quien es movido físicamente no está obedeciendo nada, ni el resultado es catalogable al cumplimiento de lo dispuesto: simplemente es alguien que, como si fuese un objeto, ha sido movido de sitio.

Una definición adecuada de la noción de regla debería de formularse de modo que excluyese de su referencia a las reacciones y situaciones que fuesen asimilables al mero desplazamiento o a la manipulación física de los individuos. Las reglas típicamente se dirigen a sujetos a los que se presupone capacidad rectora y además hacen uso de esa misma capacidad para que sea el propio sujeto el que ejecute primariamente la regla. Cuando se ordena a alguien que haga algo, confiamos en su capacidad para entender lo que de él esperamos y en que *motu proprio* ejecutará las acciones precisas para lograr el resultado deseado. Las reglas genuinas –a diferencia, como veremos, de órdenes mucho más simples y precisas cuyo estatus normativo es controvertido– normalmente dejan cierto margen para la intervención de su destinatario, que tendrá que decidir, por ejemplo, si está afectado por la regla, qué es exactamente lo que le exige, cuándo cumplirlo o cómo. Por estas razones, las reglas son autoaplicables. Esto, como vamos a ver, no es una simple constante estadística o una regularidad más o menos firme, sino una genuina necesidad conceptual.

Para analizar el sentido de la autoaplicabilidad de las reglas, me valdré del análisis de las prescripciones llevado a cabo por Wright (1963: 53 y ss.) y, en concreto, de tres de los elementos que son característicos de su estructura: el

²⁴ Lamentablemente más frecuentes de lo que normalmente se presupone, pues cuando se condena a alguien no por lo que hizo, sino por lo que es y que no puede dejar de ser, se le está condenando por algo imposible.

destinatario o sujeto pasivo, el contenido de la prescripción y sus condiciones de aplicación. El sujeto pasivo es el agente o agentes a quienes se dirige primariamente la prescripción. El contenido está en relación con las acciones o comportamientos referidos en la formulación de las prescripciones y, en concreto, con las acciones que se caracterizan como obligatorias, prohibidas o permitidas. La condición de aplicación, por su parte, es la circunstancia o estado de cosas que tiene que darse para que exista oportunidad de hacer aquello que es el contenido de la prescripción. Veamos ahora los distintos modos de presentación de estos tres elementos.

- Es posible que los tres elementos citados estén acotados con total precisión: imaginemos una prescripción dada a un individuo a título nominal para que actúe en un sentido unívoco en unas condiciones definidas también con total precisión. Llamaré *directivas específicas* a este tipo de prescripciones. Su forma canónica sería la de "Tú, haz esto ahora", como en "Usted, váyase de clase ahora mismo" o "Cállate ya". Como vimos antes, la especificidad no tiene nada que ver con el número de sujetos afectados por la regla: una directiva específica no es necesariamente una directiva particular, nominal o individual, pues son posibles directivas específicas universales. Las directivas específicas pueden dirigirse a un único sujeto o a varios identificados nominalmente, pero también son posibles directivas específicas universales cuando van dirigidas a todos los sujetos de un grupo o categoría identificada específicamente²⁵ o a todos, absolutamente todos, sus potenciales destinatarios, como ocurre con reglas que se dirijesen a todos los ciudadanos o a todos los seres humanos exigiéndoles hacer algo específico en unas condiciones concretas.
- Distinta a una directiva específica es aquella directiva que deja abiertos uno o varios de los elementos referidos –contenido, sujeto pasivo o condiciones de aplicación–, que no quedan definidos con la precisión característica de las directivas específicas. Así ocurre, por ejemplo, en los siguientes casos: "Los cónyuges deben amarse y respetarse siempre" o "los que estén en el templo se comportarán de modo respetuoso durante la misa" son reglas específicas en cuanto a sus condiciones de aplicación (siempre o durante la misa) y sus sujetos pasivos (los cónyuges, los que estén en el templo), pero abiertas en lo que al contenido se refiere: qué es amarse o una actitud respetuosa es algo abierto conceptualmente e indeterminado pragmáticamente. "Tú, no fumes cuando eso pueda molestarme" es precisa en lo que al sujeto pasivo y a la acción exigida se refiere, pero deja a su destinatario margen interpretativo para determinar en qué casos se da la condición de aplicación, es decir, cuándo fumar podría molestar. Por último, pensemos en un contexto en el que quien manda dice "los no sean leales a mi persona, harán esto ahora o serán castigados" y donde "esto" y "ahora" están definidos con total precisión. Esta norma se dirige a todos los destinatarios usuales de las normas de su emisor, pero hace condicional su consecuencia al hecho de formar parte de una categoría específica e ingresar en esa categoría depende del criterio de los destinatarios. El resultado es que la categoría a quienes finalmente se aplica la norma es abierta. No es posible cuestionar lo que hay que hacer (esto) o cuándo

²⁵ La regla "los que midan más de 150 cm de altura harán esto ahora" se refiere a un número muy extenso de sujetos, pero es específica, pues acota a sus destinatarios con precisión geométrica. Una regla formulada en esos términos es pragmáticamente equivalente a otra que se refiriese por sus nombres y apellidos a quienes miden más de 175 cm.

hay que hacerlo (ahora), pero uno sí podría cuestionar si forma parte de la categoría de sujetos llamados a hacerlo en función del modo en que se ha comportado. Los que se juzguen a sí mismos como leales no se considerarán destinatarios de la norma ni sujetos pasivos del deber de hacer. Quienes se juzguen a sí mismos como no leales sabrán que tienen la obligación de hacer esto ahora y que, en su caso, podrían ser castigados legalmente si no lo hacen.

- Lógicamente sería posible que dos de los tres elementos o los tres quedasen abiertos. Este último caso se da, por ejemplo, en “los que no se hayan esforzado lo suficiente con anterioridad deberán que hacer un esfuerzo complementario en cuanto las circunstancias lo permitan”, donde destinatarios, contenido y condiciones de aplicación están abiertos. Este tipo de directivas son, en cierto modo, justo lo contrario a las específicas.

La diferencia entre las directivas específicas y las generales o no específicas que se sigue de este análisis²⁶ es evidente: las directivas generales dejan un espacio para la intervención del destinatario en la aplicación de la regla; de hecho, lo presuponen necesariamente como una necesidad conceptual²⁷. Este tipo de reglas solo son posibles si presuponemos que los individuos a los que podrían dirigirse tienen capacidad para determinar por sí mismos si son o no destinatarios de cada regla, la acción o acciones concretas que las reglas exigen y si se dan o no sus condiciones de exigibilidad o aplicación. Este tipo de sujeto también será capaz de autoejecutar la regla, es decir, de valorar lo que ha de hacer y decidir si lo hace. Es por esto que son reglas autoaplicables.

Son paradigmáticamente autoaplicables las normas jurídicas, como nos recuerdan Hart y Sacks (1958: 115), pues son directivas generales con autoridad que normalmente se expresan mediante palabras abstractas, esto es, relativas a categorías o conceptos que van más allá de experiencias físicas directas. Las normas jurídicas o leyes (*laws*) no se refieren a cada instancia de cada caso de manera nominal o indexical, sino en abstracto, a todas las instancias de un caso relevante ofreciendo así guía sobre lo que habrá de hacerse en el futuro cuando se dé la situación relevante. La autoaplicación es una operación jurídica elemental y el procedimiento básico a través del que el derecho se expresa operativamente. La autoaplicación tiene las siguientes condiciones:

- Se parte de la formulación de una directiva cuyo contenido ha de ser determinable y conocido por su destinatario primario.
- El destinatario debe ser capaz de identificar y debe identificar efectivamente los hechos y las demás circunstancias que hacen que la regla sea aplicable a la situación en que se encuentra.
- Debe de ser capaz y estar dispuesto a obedecer.

Sin embargo, es dudoso que las directivas específicas sean autoaplicables, pues dejan poco o ningún margen a la autoaplicación²⁸. Hay pocas diferencias entre

²⁶ Un planteamiento alternativo es el de Laporta (2007: 85- 103), que, como éste, está estructurado en función de los elementos de las prescripciones de Wright, si bien Laporta distingue además entre normas de conducta y reglas de competencia.

²⁷ En un sentido similar, el análisis de Schauer (1993: 73, 82), para quien las reglas, a diferencia de las órdenes, se refieren a tipos y no a casos particulares.

²⁸ Podría parecer que hay cierta tensión entre las exigencias de claridad, por ejemplo, asociadas a la legalidad penal y la idea de generalidad aquí defendida, esto es, podría parecer que defiendo que los enunciados de las reglas sean imprecisos. Nada más lejos de la realidad. La solución a esta aparente paradoja puede encontrarse en el análisis de Laporta de la noción de regla característica del imperio de la ley. Laporta (2007: 87-88) señala que ciertos elementos de las reglas –contenido, condición de

el modo en que impactan las directivas específicas sobre el comportamiento de sus destinatarios y lo que sucede cuando son manejados o movidos a hacer algo. Exigirle a alguien que haga algo al modo de las directivas específicas, por ejemplo, que se mueva o que entregue su cartera y moverlo uno mismo o cogerle la cartera directamente son situaciones parecidas. No se espera ninguna participación significativa del sujeto pasivo en la ejecución de la regla; no se espera que considere la regla como una razón para actuar en el sentido exigido integrándola en su razonamiento práctico. De hecho, ni siquiera se espera que razoné. Lo único que se espera es que se mueva, esto es, que ejecute los movimientos físicos que dan lugar a la aparición de un estado de cosas que coincide con el contenido en la regla.

En la medida en que las directivas específicas pueden llegar a ser equivalentes a la simple causación de una reacción en su destinatario y la medida en que consideremos que la autoaplicación es una propiedad definitoria de las reglas, su estatus en tanto que reglas es discutible. Parece que una característica relevante de las reglas es que aspiran a condicionar el razonamiento de un agente para que éste se comporte en un sentido dado²⁹. Sin embargo, no es lo mismo ser directamente movido por un agente o causa externa que obedecer la regla que ordena moverse. La relación entre quien mueve y quien es movido no es la misma que existe entre quien obedece una regla que ordena moverse y quien dio la regla. En el primer caso no hay regla condicionante, en el segundo sí. El impacto que las reglas han de tener sobre los agentes no puede ser equivalente a aquella situación en la que uno es manejado o accionado para actuar en un sentido preciso.

Esta pasividad del destinatario se ve apenas alterada cuando las directivas específicas se acompañan de una sanción o amenaza. Cuando alguien ha sido requerido a actuar en un sentido específico y no lo hace, pueden pasar varias cosas: que sea físicamente movido a actuar en el sentido exigido, que sea sancionado o ambas a la vez. En el primer caso, la dimensión puramente causal o física –y no práctica– de las directivas específicas queda puesta de nuevo de manifiesto. En el segundo, es verdad que se abre cierto espacio a la participación del agente en la ejecución de la directiva, pues podrá elegir entre si es preferible ejecutar los movimientos exigidos o sufrir las consecuencias anunciadas. Tanto en este caso como en el tercero, la sanción aparece no tanto como un factor que pretende reforzar el peso de la directiva en el razonamiento práctico de un agente responsable, sino más bien en un instrumento que garantiza que no sea necesaria la intervención del autor de la directiva quien, mediante la vinculación de sanciones graves a sus exigencias, se evita la *molestia* de tener que *move por sí mismo* a los destinatarios de sus directivas. Salvo la marginal dimensión implícita en el razonamiento de si se opta por evitar la sanción o no hacerlo, las directivas específicas no se integran en el razonamiento del destinatario como consideraciones o razones para la acción en ningún otro aspecto significativo. El tipo de relación que se define entre el emisor de una directiva específica y su

aplicación– deben de ser *claros, definidos y posibles de determinar*. La idea, en efecto, es que las reglas hagan posible la determinación de sus elementos. La determinación ha de ser posible en dos sentidos: (a) no la determinan las reglas mismas, pues entonces serían directivas específicas y (b) que su formulación es compatible con la emisión de juicios relativos a su sentido o alcance susceptibles de un análisis racional, es decir, se puede discutir racionalmente sobre qué es exactamente lo que exigen. Obviamente, si fueran muy imprecisas y permitieran cualquier interpretación no sería posible formular este tipo de juicios. Tampoco serían posibles algunas operaciones jurídicas básicas, como reprochar el comportamiento ilegal, juzgar, calificar algo como un ilícito o sancionar a alguien por un incumplimiento, pues cualquier conclusión al respecto sería tan arbitraria como cualquiera de sus alternativas.

²⁹ Hart (1961: 255) tenía clara esta dimensión: "si analizamos lo que de hecho va implicado en cualquier método de control social –tanto en las reglas de juegos como en el derecho– que consista primariamente en pautas o criterios generales de conducta comunicados a clases de personas, de quienes se espera que los entiendan y se ajusten a las reglas sin nuevas directivas oficiales".

destinatario es unidireccional³⁰, pues el emisor de la directiva pretende que ésta impacte en el sujeto pasivo y provoque el comportamiento deseado como si lo hubiese manejado o manipulado él directamente.

Pensemos ahora en los órdenes jurídicos y en la relación entre las nociones de derecho o de legalidad y de reglas autoaplicables. Resultaría totalmente implausible atribuir la condición de orden jurídico a un orden social determinantemente compuesto por directivas específicas, esto es, a un orden social que definiese lo que sus destinatarios tienen que hacer sujeto por sujeto, acción por acción, ocasión por ocasión. La razón está en relación con la necesidad de que, en un marco de legalidad, las reglas hagan posible operaciones de autoaplicación por los destinatarios del orden jurídico³¹.

Un gobernante que se dirigiese puntualmente a cada uno de sus súbditos, indicándoles en cada ocasión de modo preciso qué deben de hacer no es, ni de lejos, el paradigma de orden jurídico. Hart y Sacks (1958: 115) contrapusieron con claridad leyes que forman parte de los órdenes jurídicos y las directivas basadas en experiencias físicas directas. Las directivas específicas, en efecto, pretenden una reacción física directa y nada más. No son, por ello, el caso central de las leyes o el tipo de norma que forma un orden jurídico. Las leyes no son así: a diferencia de las directivas específicas, son autoaplicables y normalmente se autoaplican, pues es excepcional que requieran alguna intervención oficial determinante (Hart y Sacks, 1958: 121). Identificar instancias particulares de la experiencia como casos de disposiciones generales previamente formuladas es un elemento *esencial* del modo en que opera el derecho y es algo que corresponde al destinatario primario de las normas, es decir, a aquél a quien se dirigen de modo directo.

Las diferencias entre *gobernar* mediante directivas específicas y hacerlo mediante un orden jurídico formado por reglas autoaplicables va mucho más allá de simples consideraciones relativas a la mayor o menor eficacia del control según se ejerza mediante uno u otro tipo de reglas³². Se dan a un nivel más profundo vinculado con la posición del destinatario de las normas, su consideración como agente ante el que se disponen normas formuladas por una autoridad. En un orden social compuesto por directivas específicas, el tipo de relación entre sujetos pasivos y activos de las reglas y la actitud del sujeto pasivo ante las reglas no son las características de los órdenes jurídicos³³. Quien gobierna mediante normas jurídicas

³⁰ Esa es precisamente el sentido de una de las objeciones de Fuller (1969: 192) al iuspositivismo: su concepción del derecho como una proyección unidireccional de la autoridad sobre el individuo, pues el derecho brota de una fuente autorizada e impacta sobre el individuo y no se considera ningún elemento de reciprocidad o cooperación entre legislador y súbdito. Es también sobradamente sabido que Hart (1961: 23-32) rechazó a las teorías del derecho que lo concebían como *the gunman situation writ large*.

³¹ Como ocurría con la universalidad, una presencia marginal de directivas específicas tampoco desvirtuaría el carácter jurídico de un orden. En especial, si se trata de directivas específicas que, como el caso de la "No se admiten perros" de Schauer (1993: 87), operan acotando y agotando la acción de todos, los potenciales destinatarios y las ocasiones de aplicación.

³² Contraria parece ser la opinión de Kramer (1999: 67-68), quien señala que los gobernantes recurren a directivas generales y formas de control social compatibles con la legalidad por motivos autointeresados relativos a la eficacia de sus mandatos. A contrario, tenemos que pensar que si no tuvieran esos motivos, gobernarían mediante directivas específicas y que son solo diferencias en los niveles de eficacia lo que distingue a unas formas de control de otras.

³³ Un planteamiento similar, pero referido a la relación entre directivas específicas y autoridad es el de Brudner (2004: 38-43) quien, en su teoría de las etapas de gobierno, distingue entre el poder del déspota y el de quienes gobernan a través del derecho. Es déspota quien gobierna mediante decretos *ad hoc* y resuelve los conflictos mediante decisiones también *ad hoc* y no condicionadas por los decretos dados (Brudner, 2012: 191-92). Lejos de definir así una relación de legalidad, el resultado es más bien similar al del amo que trata a sus esclavos como simples objetos. Solo cuando el gobernante pone una regla general entre su súbdito y su voluntad personal reconoce en el súbdito a una agencia independiente y deja espacio para su implicación independiente al ejecutar sus órdenes, porque son

tiene presente en todo momento la capacidad de comprensión y de razonamiento de los destinatarios de las reglas y, por eso, busca el modo más apropiado para lograr su objetivo formulando las reglas de modo que los destinatarios, de acuerdo a su propia comprensión, las entiendan en el sentido deseado por la autoridad y decidan acatarlas voluntariamente. Como vimos, prácticas y conceptos jurídicos muy importantes están vinculados a ese juego o interacción recíproca y no tienen sentido en contextos donde son órdenes específicas las que impactan unilateralmente sobre sus destinatarios. Nociones y operaciones típicamente jurídicas, como las nociones de cumplimiento e incumplimiento, culpa, justificación, responsabilidad o motivación dejan de tener sentido allí donde las "normas jurídicas" están formuladas en términos unívocos y las operaciones dirigidas a su aplicación son las características del despliegue de este tipo de directivas. No tiene sentido, como vimos, decir que se *juzga* a supuestos infractores, pues más bien se comprueban sus reacciones o movimientos físicos.

En definitiva, si un orden social estuviera compuesto *exclusivamente* por directivas específicas, se produciría un fracaso del orden como sistema jurídico, no tanto por razones operativas o técnicas, sino por no llegar a constituir un genuino orden de reglas y parecerse más a aquella situación en el que uno acciona a otro a gran escala.

2.4. Autoaplicación y legalidad

Ahora podemos cerrar el argumento con el que iniciábamos esta sección referido al sentido elemental de la legalidad y a su posible dimensión moral. Un orden jurídico es tal solo si hay reglas (recuérdese: *there must be rules*), esto es, si está compuesto determinantemente por directivas no específicas y, por ello, autoejecutables. Ha de ser así necesariamente para presentar las dimensiones morales que Fuller le atribuía (reconocimiento de la capacidad rectora, reciprocidad gobernante/gobernado, carácter no gerencial). Un orden formado por directivas específicas manifiesta a lo sumo solo cierta reciprocidad entre el autor y el destinatario de la regla, pues parece normal esperar que quien cumple una directiva específica bajo amenaza de sanción no sea efectivamente sancionado, pero nada más. Un orden formado por directivas no específicas, sin embargo, es un orden formado fundamentalmente por reglas autoejecutables, lo que implica, además del reconocimiento de la reciprocidad entre gobernantes y gobernados, el de la capacidad rectora de los sujetos a las reglas y una concepción no instrumental de los individuos incompatible con la concepción de los sujetos y de la autoridad propias de los contextos gerenciales a los que se refirió Fuller.

Fuller fue, en efecto, bien consciente de la importancia del carácter autoaplicativo de las reglas jurídicas y de sus dimensiones morales. La autoaplicación explica las afirmaciones de Fuller (1964: 162) según las cuales los principios de legalidad presuponen una concepción de la dignidad de la persona humana como "responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults". La legalidad, por tanto, no es compatible con cualquier concepción de ser humano en tanto que sujeto pasivo de las reglas, pues presupone un sujeto agente y no un objeto o instrumento. Mover al sujeto, accionarlo o causar su comportamiento ("we act upon him"), al igual que juzgarlo en función de normas secretas o retroactivas o por algo que es imposible hacer, es poner de manifiesto que se es indiferente respecto de su capacidad para

ellos quienes deben decidir en primera instancia si la ley se aplica a una situación particular y lo que deben hacer para cumplir con ella. El déspota adquiere autoridad *de iure* cuando gobierna mediante reglas estables, generales, públicas y comprensibles, en lugar de mediante decretos *ad hoc*. Al hacerlo así, defiere a la capacidad para actuar intencionalmente de sus súbditos y al dejar espacio para la autoejecución de sus órdenes, reconoce implícitamente su libertad (Brudner, 2012: 194).

autodeterminarse. La ruptura o el distanciamiento respecto de los principios de legalidad es una afrenta a la dignidad o consideración del ser humano como agente responsable.

Fuller no está solo en ese planteamiento. Waldron (2012: 206) también considera que el derecho presupone la capacidad de los individuos para aplicar las normas en lugar de *cortocircuitarla* coactivamente. El derecho confía en la capacidad de los individuos para razonar en términos prácticos, para el autocontrol, para evaluar críticamente y modular el propio comportamiento en función de normas que pueden entender. Aunque en última instancia el derecho se aplica coactivamente, esto solo ocurre en última instancia y, comúnmente, lo normal es el cumplimiento voluntario y la autoaplicación. No se gobierna con normas jurídicas como si se pastoreara un rebaño y aplicar normas es distinto de manipular, aterrorizar o provocar el comportamiento. El hecho de que, llegado el caso, haya que determinar autoritativamente el sentido de las normas no desmiente ni desplaza la importancia de esa dimensión autoaplicativa.

La relación entre la autoaplicabilidad de las reglas y el reconocimiento de la capacidad para actuar de los individuos ha sido estudiada de modo especial por Rundle quien, desarrollando las tesis fullerianas al respecto, ha colocado a la capacidad de actuar del individuo entre los elementos integrantes de la forma misma del derecho. Para Rundle (2012: 98), la capacidad de actuar del destinatario de las reglas jurídicas es presupuesta por la forma misma del derecho en tanto que modo de gobierno mediante reglas generales. La capacidad para la acción del sujeto es constitutiva de la forma del derecho y no un rasgo meramente contingente del mismo. El respeto por las capacidades morales del sujeto y por su capacidad para actuar de modo autodirigido forma parte de la legalidad, hasta el punto de que incluso un orden injusto es expresivo de ese rasgo (Rundle, 2009: 107-08). El derecho, por necesidad, constituye a sus sujetos como agentes capaces de autodirigirse, de seguir reglas y de responder por sus actos y se define presuponiendo a esos sujetos. Los sujetos *agentes* ocupan una posición central y constitutiva de la idea de derecho, tan constitutiva que si se producen cambios en su consideración tal que dejan de poder ser concebidos como agentes capaces de seguir reglas y responsables de sus actos, el orden social vinculado deja de ser un orden jurídico (Rundle, 2009: 118).

La concepción de la persona vinculada a la legalidad es, en la lectura que Rundle (2012: 99) hace de Fuller, particularmente densa: el sujeto de la legalidad es una persona capaz de acción intencional, capacitada y que puede ser considerada un fin en sí misma. Es más que un simple agente capaz de responder a la dirección del legislador, pues es portador de dignidad y tiene poderes de autodeterminación y, por tanto, una vida propia, que la autoridad presupone al momento de su ordenación³⁴. Ese agente es también responsable, lo que significa que responde ante la autoridad por su propia conducta en relación con las normas y que es capaz de dar sentido al modo en que esa conducta afecta la posición de otros en la sociedad. El sujeto de derecho no es simplemente alguien con capacidad para elegir o para planear en relación a sus propios intereses, sino alguien portador de cierta dignidad y un participante activo en los procesos constitutivos del orden jurídico.

3. Conclusiones

³⁴ Un planteamiento análogo es el de Laporta (2007: 18, 35) para quien la legalidad o imperio de la ley es condición necesaria de la autonomía individual, entre cuyos componentes están la capacidad personal para la acción y formulación de planes de vida.

En este trabajo he intentado clarificar el sentido de los principios de legalidad a los que se refirió Lon L. Fuller, en concreto, del principio básico o elemental de la relación de legalidad. Fuller se refirió a este principio bajo la denominación de "principio de generalidad", aunque una adecuada reconstrucción de los aspectos básicos de la legalidad nos obliga a reconstruirlo no tanto a partir de referencias a la generalidad o universalidad de las normas, sino a partir de la idea de que los órdenes jurídicos son, antes que cualquier otra cosa, órdenes compuestos por reglas. Para que un orden social sea propiamente un orden basado en reglas es necesario que el comportamiento de los individuos a los que se dirige esté gobernado por patrones de comportamiento que presupongan su capacidad para actuar por sí mismos, que exijan la realización de acciones posibles y que lo hagan en un modo distinto al que resultaría si los individuos fueran físicamente movidos a actuar por un agente o fuerza externa, esto es, que el orden ha de estar formado por reglas autoaplicables que dejen un margen a la intervención activa de los individuos para que valoren y decidan si la regla se refiere finalmente a ellos, el tipo de acción que les exige o las condiciones en que lo hace y, finalmente, si la cumplen o no.

La legalidad, en tanto que gobierno de las reglas, queda así conceptualmente vinculada con las dimensiones morales con las que Fuller puso en relación al derecho y, singularmente, con la autonomía y el respeto por la dignidad de la persona implícito en el reconocimiento de su capacidad para autodeterminarse y para responsabilizarse de sus decisiones³⁵, ya que solo sujetos a los que se presupone capacidad para comprender por sí mismos el sentido de las reglas y para decidir actuar en el sentido que ellas exigen pueden ser sujetos constitutivos de los órdenes jurídicos. A ese tipo de sujetos han de ir determinantemente dirigidas las reglas de un orden jurídico, esto es, un orden jurídico es un orden preponderantemente compuesto por reglas autoejecutables aunque, como ocurre, con los restantes principios de legalidad, puede tener marginalmente algunas que no lo sean. Los restantes principios de legalidad, por su parte, refuerzan ese carácter de la legalidad implícito en la idea de regla autoaplicable y confirman esa precisa dimensión moral.

Bibliografía

- ALLAN, T. R. S. (2001), *Constitutional Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- ARCOS RAMÍREZ, F. (2000), "Una defensa de la moral interna del derecho", *Derechos y Libertades*, 9, pp. 35-63.
- ARCOS RAMÍREZ (2000a), *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid.
- BOBBIO, N. (1991[1954/1956]), *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid.
- BROOKS, T. (2012), *Hegel's Philosophy of Right: Essays on Ethics, Politics, and Law*, Blackwell, Malden MA – Oxford.
- BRUDNER, A. (2004), *Constitutional Goods*, Oxford University Press, Oxford.

³⁵ Otros planteamientos complementarios ponen de manifiesto la relación entre la legalidad y el valor moral de la libertad –entendida como independencia respecto del poder de decisión de los otros– las de Simmonds (2005) o Hayek (1969: 204). En contra, de esa relación el propio Laporta (2007: 90) que, curiosamente, califica la relación como peregrina, cuando su tesis fundamental consiste precisamente en mostrar cómo la autonomía individual –al fin y al cabo una forma de libertad– es la apuesta moral implícita en el principio de legalidad.

- BRUDNER, A. (2012), "Hegel on the Relation between Law and Justice", en T. BROOKS, *Hegel's Philosophy of Right: Essays on Ethics, Politics, and Law*, Blackwell, Malden MA – Oxford.
- CANE, P. (2010), *The Hart-Fuller Debate in the XXI Century*, Oxford University Press, Oxford.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2000), *Positivismo y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FULLER, L. (1946), "Reason and Fiat in Case Law", *Harvard Law Review* 59-3, pp. 376-395.
- FULLER, L. (1958), "Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71, pp. 630-672.
- FULLER, L. (1958a), "Human Purpose and Natural Law", *Natural Law Forum*, pp. 68- 104.
- FULLER, L. (1964) *The Morality of Law*, 1^a ed., Yale University Press, New Haven.
- FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, 2^a ed., Yale University Press, New Haven.
- FULLER, L. (1981) *The Principles of Social Order*, Duke University Press, Durham.
- HART, H. L. A. (1963 [1961]), *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HART, H. L. A. (2000 [1994]), *Post scriptum al concepto de derecho*, P. A. Bulloch y J. Raz (eds.) trad. Rolando Tamayo Salmorán, UNAM, México.
- HART, H. M. y SACKS, A. M. (1994 [1958]), *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, The Foundation Press, Westbury-Nueva York.
- HAYEK, F. (1975 [1969]) *Los fundamentos de la libertad*, trad. J. V. Torrente, Unión Editorial, Madrid.
- KRAMER, M. (1999), *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford.
- KRAMER, M. (2004), "On the Moral Status of the Rule of Law", *Cambridge Law Journal* 63 (1), pp. 65-97.
- KRAMER, M- (2006), "Incentives, Interests, and Inclinations: Legal Positivism Redefended", *American Journal of Jurisprudence*, 51, pp. 165-171.
- KRAMER, M. (2007) *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LAPORTA, F. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.
- LEITER, B. (2009), "The Radicalism of Legal Positivism", *National Law Guild Review*, 66 (4), pp. 165-172.
- NADLER, J. (2007), "Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice", *Law and Philosophy*, 27, pp. 1-34.

PEÑA FREIRE, A. (2014), "Reasons for Legality: The Moral Ideal of Legality and Legal Positivism. Do Wicked Rulers Dream of Abiding by the Rule of Law?", *Diritto e questione pubbliche*, 14, pp. 891-946.

PRIEL, D. (2011), "Reconstructing Fuller's Argument against Legal Positivism", *Osgoode Hall Law School. Comparative Research in Law & Political Economy*, 16/2013, pp. 1-18.

RADIN, M. J. (1989), "Reconsidering the Rule of Law", *Boston University Law Review*, 69, 4, pp. 781-819.

RAZ, J. (2009), "The Rule of Law and Its Virtue", en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2^a ed., Clarendon Press, Oxford.

RUNDLE, K. (2009), "The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust", *University of Toronto Law Journal*, 59, pp. 65-125.

RUNDLE, K. (2012), *Forms Liberate*, Hart Publishing, Oxford/Portland.

SCHAUER, F. (2004 [1993]), *Las reglas en juego*, Traducido por C. ORUNESU y J. L. RODRÍGUEZ, Marcial Pons, Madrid.

SIMMONDS, N. (2002), *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, 2^a edición, Sweet & Maxwell, Londres.

SIMMONDS, N. (2004), "Straightforwardly False: The Collapse of Kramer's Positivism", *Cambridge Law Journal* 63 (1), pp. 98-131.

SIMMONDS, N. (2005), "Law as a Moral Idea", *University of Toronto Law Journal* 82-2005, pp. 61-92.

SIMMONDS, N. (2007), *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford.

SIMMONDS, N. (2008), *Central Issues in Jurisprudence*, 3^a edición, Sweet & Maxwell, Londres.

SUMMERS, R. S. (1984), *Lon L. Fuller*, Edward Arnold, Londres.

WALDRON, J. (1994), "Why Law— Efficacy, Freedom, or Fidelity?", *Law and Philosophy*, 13, pp. 259-284.

WALDRON, J. (2012), "How Law Protects Dignity", *Cambridge Law Journal*, 71 (1), pp. 200-222.

WINSTON, K. (1981), *The Principles of Social Order. Selected Essays Of Lon L. Fuller*, Duke University Press, Durham, N.C.

WITTEVEEN, W. J. y BURG, W. van der, (eds.) (1999), *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam.

WRIGHT, G. H. von (1970 [1963]), *Norma y acción*, trad. P. García Ferrero, Tecnos, Madrid.

Dos teorías sobre la justicia social¹

Two theories of social justice

Timothy Murphy²
Universidad Carlos III de Madrid
tmurphy@der-pu.uc3m.es

Recibido / received: 11/03/2016

Aceptado / accepted: 19/03/2016

Resumen

El énfasis en el concepto de "justicia social" en la teoría de la justicia moderna en comparación con el alcance más amplio de la teoría clásica de justicia refleja un cambio general en el que la teoría de la justicia se ha convertido en una preocupación que añade más a los filósofos políticos que a los juristas. Este artículo analiza dos libros que avanzan hacia una teoría de la justicia social moderna y no ideal, que son *Justice: What's the Right Thing to Do?* de Michael Sandel y *The Idea of Justice* de Amartya Sen. El artículo examina primero la teoría de Sandel sobre la virtud, a la luz sobre todo de la relación entre la ética y la política. A continuación, proporciona una explicación de la teoría de la justicia de Sen, que se basa en gran parte de su "enfoque de capacidades" de la economía del bienestar. Comparando el comunitarismo de Sandel con la teoría de la justicia transnacional, cosmopolita y pluralista de Sen, el artículo pone de relieve cómo ambos autores, al igual que la gran mayoría de los teóricos contemporáneos de la justicia, confunden la idea general de "justicia" y el caso específico de "justicia social", que es una forma de lo que se denomina clásicamente «justicia distributiva».

Palabras clave

Teoría de la justicia, justicia social, ética de la virtud, comunitarismo, enfoque de las capacidades, elección social, justicia natural, justicia convencional, justicia distributiva, justicia rectificadora (comutativa), justicia recíproca.

Abstract

*The emphasis on the concept of 'social justice' in modern justice theory compared with the much broader reach of classical justice theory reflects a general shift in which justice theory has become more a concern of political philosophers than jurists. This article discusses two books that each advance a non-ideal modern social justice theory, namely *Justice: What's the Right Thing to Do?* by Michael J Sandel and *The Idea of Justice* by Amartya Sen. The article first examines Sandel's virtue-oriented theory in light particularly of the relationship*

¹ Este artículo está basado en una reseña al libro de 2009 de Michel Sandel *Justice: What's the Right Thing to Do?* La reseña, titulada "Ethics, Politics, and Types of Justice", fue publicada en 2011 en la revista, *Transnational Legal Theory* (Volume 2, Issue 1, pp. 135-143) Estoy muy agradecido a Peer Zumbasen, el Editor de la revista, por permitirme realizar y publicar esta traducción de la reseña.

² CONEX-Marie Curie Research Fellow, Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDyJ), Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Estoy muy agradecido por el apoyo financiero a la Universidad Carlos III de Madrid; al European Union's Seventh Framework Programme for Research and Technological Development under Grant Agreement nº 600371; al Ministerio de Economía y Competitividad (COFUND2013-40258); y al Banco Santander. También agradezco su labor a los traductores de este trabajo: Jesús Ignacio Delgado y Carlos Alonso, de la Universidad Carlos III de Madrid.

between ethics and politics. It then provides an account of Sen's justice theory, which is based in great part on his 'capability approach' to welfare economics. In comparing Sandel's communitarianism with Sen's transnational, cosmopolitan and pluralistic justice theory, the article emphasizes how both writers, like the vast majority of modern justice theorists, conflate the general idea of 'justice' and the specific case of 'social justice', which is but one form of what is termed classically 'distributive justice'.

Keywords

Justice theory, social justice, virtue ethics, communitarianism, capability approach, social choice, natural justice, conventional justice, distributive justice, rectificatory (commutative) justice, reciprocal justice.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Justice: What's the Right Thing to Do?
 3. "The Idea of Justice". 4. Conclusión: La Teoría Clásica de la Justicia.

1. Introducción

La filosofía política contemporánea está dominada por un tema, la justicia. Otros temas, como la libertad, la democracia o el bien común, están presentes en la literatura pero no es una exageración decir que en la doctrina sobre los valores políticos hay una especie de "obsesión" con la justicia (Valentini 2012). El libro de John Rawls de 1971, *A Theory of Justice* (revisado en 1999), es el punto de referencia de la filosofía política a este respecto y de importantes trabajos posteriores como, por ejemplo, *Anarchy, State, and Utopia* de Robert Nozick y *If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?* De Gerald Cohen. Este ensayo analiza dos libros de esta tradición que fueron publicados en 2009, *Justice: What's the Right Thing to Do?* De Michel J. Sandel y *The Idea of Justice* de Amartya Sen. El ensayo, que se centra primero en las aportaciones de Sandel y posteriormente en las de Sen, no pretende ser un análisis exhaustivo. En lugar de eso examina el libro de Sandel a la luz de la relación entre ética y política centrada, como hace el autor, en el contexto de los Estados Unidos; y en la comparación de *Justice: What's the Right Thing to Do?* con la teoría transnacional, cosmopolita y pluralista de Sen, el ensayo enfatiza como ambos autores, como la gran mayoría de los teóricos de la justicia contemporáneos, combinan una idea general de "justicia" con la más específica de "justicia social", que no es más que una fórmula nueva de lo que se denomina tradicionalmente "justicia distributiva".

2. "Justice: What's the Right Thing to Do?"

"Moral" y "ética" se diferencian en pocas ocasiones pero, cuando lo son, en ocasiones se dice que la moral responde a la pregunta, en el contexto de un conjunto codificado de normas, "¿Qué debo hacer?", mientras que la ética responde a la pregunta más amplia de "¿Cómo debo vivir?" (Toscano, 2001, pp. 42-44). Incluso en esta formulación, que es controvertida y existen diferencias entre diversos autores, resulta evidente que la moral y la ética se refieren al ámbito de la deliberación y elección individual. Siempre es el individuo quien se enfrenta a cuestiones morales o éticas como, "¿Debo pagar mis impuestos?" "¿Debo abortar?" "¿Debo torturar al prisionero?". Estas preguntas están relacionadas, pero se distinguen, con cuestiones de filosofía política, que también implican deliberación y elección pero en éstas la toma de decisiones afecta a los intereses colectivos de la *polis*: ¿Es justo el sistema tributario? ¿Debe contemplarse el derecho al aborto? ¿Se debe permitir la tortura por parte de funcionarios públicos para determinadas

circunstancias? Evidentemente, dado que los individuos viven en sociedad, si bien hay entre los ámbitos de lo individual y lo colectivo cierta superposición e interdependencia, también una importante distinción filosófica de carácter descriptivo y normativo.

El libro de Michael J. Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do?*, está basado en las clases de grado de una asignatura llamada “Justicia” que el autor imparte en la Universidad de Harvard, un curso que también dio lugar a una página web y a programas de televisión. Dada su naturaleza introductoria, es sorprendente que el libro no ponga de relieve la distinción fundamental entre la filosofía moral y la filosofía política. De hecho, el título del libro –al menos en la tradición actualmente dominante en la filosofía occidental anglosajona- evoca la idea de “justicia social”, mientras que el subtítulo, en inglés corriente, denota más una elección hecha por el individuo. Sandel concibe los argumentos morales como “una dialéctica entre nuestros juicios sobre las situaciones particulares y los principios a los que nos adherimos al reflexionar” y observa que cuando la reflexión moral se “vuelve política” le ‘es imprescindible entremezclarse en alguna medida con el tumulto de la ciudad, con las disputas e incidentes que agitan el espíritu público” (Sandel, 2009, pp. 28-29). El compromiso con el debate público – con el “tumulto de la ciudad” – es, de hecho, un elemento esencial de la reflexión política, y esto significa que la experiencia moral del ser humano y la reflexión sobre la cuestión de la justicia es cualitativamente diferente dependiendo de si se está tomando una decisión que afecta sólo a nuestra propia situación o que afecta al bien común o a cuestiones políticas. Puede haber casos en los que surjan tensiones o conflictos entre nuestras preferencias individuales y sociales; un ejemplo común es la siguiente afirmación, “no, el sistema tributario no es justo pero, en todo caso, debo pagar mis impuestos”. Otra diferencia es el hecho de que las cuestiones morales que surgen en el ámbito público se plantean a cada persona individualmente y no de forma colectiva. Incluso, si la decisión se ha de tomar por medio del voto de los miembros de la comunidad, cada miembro afronta la cuestión moral individualmente cuando decide el sentido de su voto.

Podría decirse que una de las ventajas de la tendencia de Sandel a combinar los dos ámbitos es que permite desarrollar libremente su gran habilidad comunicativa. *Justice* está escrito con un estilo muy accesible, el autor atrae al lector presentándole vívidas historias –a menudo el conocido “tema del día” pero también dilemas ficticios, anécdotas personales y experiencias vitales de filósofos que utiliza como marcos de referencia para evaluar problemas filosóficos. Por ejemplo, en su discusión sobre el papel del consentimiento en la creación de una obligación que ate moralmente, Sandel hace referencia a los cambios de cromos de béisbol entre sus dos hijos cuando eran pequeños; a la negativa de David Hume, como propietario, a pagar por unas reparaciones acometidas unilateralmente por un subarrendado; y a una noticia sobre una anciana de Chicago que tenía que hacer frente a una factura de fontanería por valor de 50.000\$ por haber arreglado el retrete. Muchos de los ejemplos reales que da en su libro constituyen, sin duda, dilemas éticos: ¿debe uno permitir, por ejemplo, continuar a un convoy fuera de control por una vía férrea en la que matará a cinco trabajadores o desviarlo a otra en la que mataría solo a una persona? Otros dilemas que Sandel introduce hacen surgir cuestiones con un evidente contenido social o político: ¿Se debe permitir la venta de la ciudadanía estadounidense, por ejemplo, o deben legislarse programas de discriminación positiva?

Sandel no diferencia adecuadamente la ética de la política, dificultando el trabajo de identificar qué tipo de “justicia” constituye el objeto del libro en su conjunto. La filosofía política, y en particular la justicia “social” o “distributiva”, es la

principal preocupación planteada. En primer lugar Sandel observa que una sociedad justa distribuye las cosas que apreciamos como los ingresos y la patrimonios, los deberes y derechos, los poderes y oportunidades, y los oficios y honores, "una sociedad justa distribuye esos bienes como es debido; da a cada uno lo suyo", pero, apunta, "lo difícil empieza cuando nos preguntamos qué es lo de cada uno, y por qué lo es" (Sandel, 2009, p. 19). El propósito del libro, al menos aparentemente, es presentar tres tradiciones filosóficas –cada una de ellas basadas respectivamente en las ideas de bienestar, libertad y virtud- y examinar sus respuestas a esta pregunta. Mientras que la filosofía política no puede resolver nuestros desacuerdos, afirma Sandel, "si puede moldear nuestros argumentos y debates, y aportar claridad moral a las alternativas a que hemos de enfrentarnos como ciudadanos democráticos" (Sandel, 2009, p. 19); el libro "es un viaje por la reflexión moral y política" que invita los lectores a "someter sus propios puntos de vista sobre la justicia a examen crítico, a que determinen qué piensan y por qué" (Sandel, 2009, p. 30). El libro ciertamente logra, y en algunas partes admirablemente, fomentar y facilitar este tipo de reflexión, pero no es neutral al valorar las tres aproximaciones. Busca demostrar primero las deficiencias de la consideración utilitarista de la justicia y luego de las teorías de la justicia basadas en la libertad, los derechos individuales y la equidad; el lector es retóricamente conducido hacia la tesis de Sandel –"como ya habrá imaginado llegados a este punto", escribe, "me inclino por una versión del tercer enfoque" (Sandel, 2009, p. 260) - que es, una teoría que trate las cuestiones relativas a la justicia ligadas con las ideas de virtud y vida buena.

Sandel rechaza el concepto utilitarista de justicia con brevedad en los siguientes términos: la aproximación de Bentham es defectuosa porque hace de la justicia una cuestión de cálculos en vez de principios, y porque "al intentar traducir todos los bienes humanos a una medida simple y uniforme de valor los allana sin tener en cuenta las diferencias cualitativas que hay entre ellos"; el pensamiento de Mill puede salvar al utilitarismo de la carga de reducir todo a meros cálculos, pero "solo a costa de echar mano de un ideal moral de la dignidad humana y de la personalidad que no guarda relación con la utilidad misma" (Sandel, 2009, pp. 260, 56). Las teorías de la justicia como las de Kant, Rawls y Nozick adoptan un enfoque basado en principios pero al final, de acuerdo con Sandel, también fracasan porque "no nos exigen que cuestionemos las preferencias y deseos con los que participamos en la vida pública" (Sandel, 2009, p. 261). Es probable que esta generalización levante ampollas en muchos sectores –pasa por alto, quizá lo más obvio, el principio kantiano fundamental de actuar teniendo en consideración a los otros.

El enfoque basado en la virtud que se desarrolla en el libro es una construcción de la filosofía comunitaria realizada por Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Charles Taylor y –especialmente en su libro de 1982 *Liberalism and the Limits of Justice*- el propio Sandel. Uno de los objetivos principales de la crítica comunitaria era el individualismo asociado a pensadores como Rawls, a quien Sandel se refiere como quien ha dado al liberalismo americano su "plena expresión filosófica" (Sandel, 2009, p. 220). En el libro hay un rechazo frontal al "velo de la ignorancia" del contractualismo rawlsiano porque, para Sandel y los comunitaristas, el yo es lo que da forma a nuestra identidad como agentes morales y, como tal, no puede ser extraído de nuestro propio sentido de los valores: "No se llega a una sociedad justa solo con maximizar la utilidad o garantizar la libertad de elección. Para llegar a una sociedad justa hemos de razonar juntos sobre el significado de la vida buena [...] La justicia no solo trata de la manera debida de distribuir las cosas. Trata también de la manera debida de valorarlas" (Sandel, 2009, p. 261).

Una teoría ética de la virtud incluye necesariamente una consideración del propósito o *telos* de la vida humana. Sandel afirma que para Aristoteles la finalidad de la asociación política es el cultivo de la virtud de los ciudadanos y los argumentos sobre la justicia son, “inevitablemente, argumentos sobre la vida buena” (Sandel, 2009, p. 215). Sandel propone un conjunto de argumentos para desarrollar una “nueva política del bien común” (Sandel, 2009, p.263). Esto incluye encontrar “una forma de cultivar en los ciudadanos una preocupación por el conjunto, una dedicación al bien común”; pone como ejemplo el sistema por el cual los estudiantes reciben ayudas para los gastos universitarios a cambio de realizar horas servicio público y es partidario de “propuestas más ambiciosas para establecer un servicio nacional obligatorio” (Sandel, 2009, p. 264). Otra sugerencia se basa en la preocupación surgida por la “mercantilización de prácticas sociales” como en el caso de las compañías con ánimo de lucro que operan prisiones privadas, o las propuestas para vender la ciudadanía; esta mercantilización de las prácticas sociales, afirma Sandel, “puede corromper o degradar las normas que las definen” y por lo tanto “tenemos que preguntarnos qué normas ajenas al mercado queremos proteger de la intromisión de este” (Sandel, 2009, p.265). También introduce una cuestión que a menudo se pasa por alto, al tiempo que desarrolla el tema de la “desigualdad, la solidaridad y la virtud cívica”, afirma que centrarse en las consecuencias cívicas de la desigualdad y la manera de revertirlas “podría generar un ímpetu político que los argumentos sobre la distribución de la riqueza en cuanto tal no son capaces de crear” (Sandel, 2009, pp. 267-268).

Sandel es parco en detalles en relación a estos temas, pero más significativo es el grave error conceptual en su análisis sobre el bien común. Como muchos comunitaristas, parece ver el bien común como un objetivo esencial o como una meta en la que todos pueden y deben coincidir. De hecho ningún producto social - esto es, ninguna configuración concreta del orden social – es un objetivo o una meta común a todos. El bien común se define mejor como un marco que permite a las personas perseguir sus objetivos individuales o colectivos en la comunidad. Para Santo Tomás de Aquino, en la tradición aristotélica, el bien común es simplemente el mantenimiento de la paz y la sociedad civil en la que los seres humanos pueden, en su mayoría, vivir sus vidas en paz y respeto mutuo. Esta visión razonable y realista del bien común también está presente en otros autores. La teoría del Estado Thomas Hobbes sostiene como una función de las leyes el mantenimiento de la paz y el orden social lo que es, sorprendentemente, similar a la afirmación de Santo Tomás. Hobbes sugiere que los seres humanos estamos predispuestos a buscar este orden por el “miedo a la muerte; el deseo de una vida confortable que requiere de tal orden; y la esperanza de que ese orden es el medio para obtenerlo” (Hobbes, 1968, p. 188). Bajo este punto de vista, el deseo de tener una vida buena y la esperanza de vivirla son el deseo y la esperanza de alcanzar el bien común³.

El comunitarismo de Sandel tiene una visión del bien común con fuertes elementos patrióticos y emocionales, contenidos por ejemplo en su apelación a la memoria de Robert Kenedy y al espíritu de la primera campaña presidencial de Barack Obama que introducen su argumento central sobre el bien común, y por su apuesta por crear un servicio nacional obligatorio que debe reemplazar a las escuelas públicas y al ejército como el “lugar para la educación cívica” que cultivaría en los ciudadanos la mencionada “dedicación al bien común” (Sandel, 2009, pp. 263-264). Esta teoría está construida en y para la *polis* que son los Estados Unidos;

³ BARDEN, G. y MURPHY, T. (2007), “Law’s Function in Leviathan and De Cive—A Re-Appraisal of the Jurisprudence of Thomas Hobbes”, en *Dublin University Law Journal*, Vol. 29, pp. 231–25. También MURPHY, T. y PARKEY, J. (2016) “An Economic Analysis of the Philosophical Common Good”, en *International Journal of Social Economics*, en prensa.

de hecho, las referencias y los ejemplos que son elegidos hacen, en ocasiones, de la lectura del libro más un libro sobre los Estados Unidos que sobre la teoría de la justicia. Los comunitaristas han argumentado tradicionalmente que los estándares de justicia deben ser hallados en las formas de vida comunitaria y en la tradición, pero algunos han participado de manera constructiva en los debates sobre justicia transnacional o intercultural. Charles Taylor, por ejemplo, en el marco del debate sobre diferencias culturales y derechos humanos, propuso un diálogo inter-cultural entre representantes de diferentes tradiciones que permitiera a los participantes aprender sobre el “universo moral” de los otros (Taylor, 1999). Por el contrario, Sandel, defendiendo incondicionalmente del concepto comunitario de virtud, se queda sin una fundamentación viable para su supuesta teoría general de la justicia.

Veamos la discusión de Sandel sobre el libro de 2007 de Marcus Luttrell, *Lone Survivor*. En 2005 Luttrell formaba parte de una unidad de los SEAL de la Marina de los Estados Unidos que estaba operando tras las líneas enemigas en Afganistán que se encontró con unos cabreros desarmados. Luttrell y tres de sus compañeros se enfrentaron al dilema de si debían o no matar a los cabreros, aunque no habían cometido ninguna acción hostil, o dejarles marchar y asumir el riesgo de que alertaran a los Talibán. Tras que un compañero se abstuviera, Luttrell emitió el voto decisivo para dejar libres a los cabreros. Más tarde, los Talibán mataron a los tres compañeros de Luttrell, así como a 16 soldados del helicóptero enviado para rescatar a los SEAL. Hechando la vista atrás, Luttrell sostiene que debía haber matado a los cabreros: Sandel considera difícil estar en desacuerdo y observa que la postura de haberlos matado parece ser defendible “porque sospechamos que, dado el resultado, no eran unos inocentes al margen del conflicto, sino simpatizantes de los Talibán” (Sandel, 2009, p. 26). La teoría de la justicia de Sandel interpreta este caso exclusivamente como una cuestión de ética de la guerra de guerrillas e ignora el alcance de los asuntos políticos que planteaba la presencia de las fuerzas militares de los Estados Unidos en Afganistán; cuando Sandel toma en consideración la guerra en Afganistán y en Irak lo hace únicamente en el contexto del debate político en torno al servicio militar en los Estados Unidos.

Justice: What's the Right Thing to Do? está escrito sobre la asunción implícita del papel de un “fuerte sentido de la comunidad” (Sandel, 2009, p. 263) en la teoría de la justicia que no deja espacio para preguntas sobre la justicia más allá de sus fronteras. Esto puede significar que la justicia sandeliana puede ser transnacional solo en el limitado sentido de una tradición comparada, pero cuando este defecto se combina con el borrón de la división entre los ámbitos ético y político, nos queda algo tan miope como una teoría de la justicia etnocéntrica. Por ejemplo, la ética y la justicia como parte de la diplomacia y la política serían algo ininteligible para Sandel. James der Derian aplicó el método genealógico de interpretación de la historia para concluir que la institución diplomática es un método de mediación entre los que están alejados⁴, y en su discusión ética sobre tal mediación, Roberto Toscano constata la “forma específica” de la diplomacia como “elección y acción” realizada por “mediadores internacionales profesionales” (Toscano, 2001, pp. 44-45). La perspectiva comunitaria de Sandel solo produce confusión respecto del papel de la justicia en tal proceso elección y acción: parecería aceptar, por ejemplo, que Margaret Thatcher tomara el té con un torturador (Augusto Pinochet) y luchar por llevar ante la justicia británica al mismo torturador por haber participado en la Guerra de las Malvinas. De hecho, bajo este punto de vista en el caso de los cabreros afganos, Sandel puede identificarse con aquellos

⁴ DER DERIAN, J. (1987), *On Diplomacy: A Genealogy of Western Estrangement*, Basil Blackwell, Oxford.

que proponen que el terrorismo de estado podría considerarse como un método especial de diplomacia⁵.

3. “The Idea of Justice”

El tratamiento de la globalización (en un sentido amplio del término) requiere, entre otras cosas, de una habilidad política creativa caracterizada por la sensibilidad multicultural y visiones claras y concretas de la justicia transnacional (Malloch-Brown, 2011). Una teoría de la justicia *puede* ser una parte esencial de dicha agenda, como evidencia el enfoque del economista indio y filósofo Amartya Sen, cuyo libro sobre la justicia, *The Idea of Justice*, fue publicado poco antes del *Justice* de Sandel. Sen se distancia de las teorías dominantes de la justicia asociadas a pensadores ilustrados como Locke, Rousseau y Kant: Sen describe a los autores de esta tradición como “institucionalistas trascendentales en busca de instituciones perfectamente justas”, mientras que su interés está en aclarar “cómo podemos proceder para abordar cuestiones de mejorar la justicia y eliminar la injusticia” (Sen, 2009, p. 6, ix).

Sen está influenciado por los pensadores de la Ilustración que hicieron avanzar la causa de la justicia social a través de una variedad de enfoques comparativos que se centraban “en el comportamiento real de las personas, en lugar de aspirar al cumplimiento por parte de todos de un comportamiento ideal” (Sen, 2009, p. 7).

Los pensadores de esta tradición, entre los que se incluyen Smith, Wollstonecraft, Bentham, Mill y Marx, tenían ideas muy diferentes de las demandas de la justicia y cada uno propuso maneras muy diferentes de hacer las comparaciones sociales, pero “estaban todos involucrados en las comparaciones de sociedades que ya existían o que podían factiblemente surgir” (Sen, 2009, p. 7).

A diferencia de la contribución algo localista de Sandel, el enfoque de Sen en su teoría de la justicia es transnacional, cosmopolita y pluralista. Sen reconoce la importancia de las ideas comunitaristas sobre cómo cambian los valores entre personas de diferentes comunidades, pero recalca que la comunidad que es construida por nuestras relaciones con personas distantes “tiene relevancia generalizada para la comprensión de la justicia en general, especialmente en un mundo tan contemporáneo” (Sen, 2009, p. 172). Y pese a ser una observación que se atribuye directamente a pensadores como Sandel, Sen señala que la ‘presencia global’ del pensamiento no-occidental “a menudo se pasa por alto o se margina en las tradiciones dominantes del discurso occidental contemporáneo” (Sen, 2009, p. xiv).

Uno de los temas centrales de *The Idea of Justice* es la distinción entre dos palabras clásicas del Indoestán para denotar la justicia: *niti* y *nyaya*. Mientras que *niti* se refiere a las normas sobre el decoro y el comportamiento correcto, *nyaya* representa un concepto amplio de justicia real, que está vinculado no a reglas o instituciones sino más bien, en consonancia con el pensamiento de Sen, con “el mundo que realmente surge” (Sen, 2009, p. 20). El gobierno liberal del emperador de Moghul, Akbar, a finales del siglo XVI indio, sirve en el argumento de Sen como

⁵GAL-OR, N. (1993), “State-Sponsored Terrorism: A Mode of Diplomacy?” en *Journal of Conflict Studies*, Vol. 13(3), pp. 7–23. En su discusión sobre la posibilidad de Sistema diplomático en el que un cierto grado de violencia política sea tolerable, sino de alguna manera legitimada, Gal-Or sugiere el término de “terrorismo diplomático”.

un ejemplo evidente y examen crítico de que los elementos esenciales de la *nyaya* nos permiten ser “tan objetivos como sea razonablemente posible” (Sen, 2009, p. 40).

Sen reconoce que “la posibilidad de sostener razones plurales y rivales de la justicia, las cuales todas reclaman imparcialidad y difieren y rivalizan mutuamente” (Sen, 2009, p. 12), no resuelve todos los problemas prácticos o teóricos de la justicia; de hecho sugiere que “hay muy buenas razones para dar cabida a la relevancia de las emociones” (Sen, 2009, p. xvii). En última instancia Sen insiste en que las diferentes posiciones competitivas, que puedan ser adecuadamente defendidas, pueden ser asimiladas en su teoría de la justicia.

Sen mantiene una versión de la idea fundamental de Rawls de que la justicia tiene que ser vista en términos de las exigencias de equidad⁶, pero afirma que “algunos de los puntos centrales de la teoría rawlsiana son seriamente defectuosos” (Sen, 2009, p. 197), incluyendo su contractualismo y su insistencia en conceptualizar la justicia en forma de principios. Una teoría de la justicia social, en opinión de Sen, “debe decir algo acerca de las opciones que se ofertan actualmente y no sólo mantenerse absorta en un mundo imaginario e inverosímil de magnificencia insuperable” (Sen, 2009, p. 106). Sen se basa en sus conocimientos sobre crecimiento económico para sugerir cómo podemos comprender y resolver problemas de injusticia social en un contexto global. Mientras que para Sandel la vida moral apunta a la felicidad, entendida como una forma de acuerdo en torno a una concepción comunitaria de virtud (Sandel, 2009, p. 197), la idea de Sen de ‘welfare’, entendida como bienestar o felicidad, se refiere a las libertades y capacidades que la gente realmente disfruta. El “enfoque de las capacidades” de Sen en economía -una parte clave del trabajo que le hizo merecedor en 1998 del Premio Nobel de Economía- es el paradigma actual del debate político en torno al discurso del desarrollo humano y sus compromisos con la justicia, que “se refieren a aspectos prácticos”: es posible mejorar la respuesta política al hambre y al analfabetismo, sugiere, “incluso si fuera imposible la identificación perfectamente exacta” (Sen, 2009, p. 400).

En el corazón económico de *The Idea of Justice* está la conjunción de la teoría de las capacidades con la tradición de la elección social asociada a Borda, Condorcet y Kenneth Arrow. Los trabajos de Arrow, según Sen, “demuestran que incluso algunas condiciones débiles de razonable sensibilidad de las decisiones sociales de los miembros de una sociedad no pueden ser simultáneamente satisfechas por cualquier procedimiento de elección social que pueda ser descrito como racional y democrático”; Sin embargo, Sen sugiere que las imposibilidades y dificultades en la toma de decisiones democrática pueden, en la mayoría de los casos, resolverse en gran parte “haciendo que los procedimientos de decisión social sean más sensibles” (Sen, 2009, p. 93). La información sobre comparaciones interpersonales de bienestar y desventajas relativas es especialmente crucial para la resolución.

Para Sen, la teoría de la elección social permite una clasificación de las alternativas sociales y, por lo tanto, una evaluación de las opciones en torno a la justicia social, pero el problema fundamental con el enfoque de la elección social es su presuposición de que la sociedad es una organización más que un orden social. El “teorema de la imposibilidad” de Arrow es, como dice Sen, “un resultado matemático” (Sen, 2009, p. 92). Sin embargo, a menos que esté prohibido todo el

⁶ Para una consideración de la justicia en términos de armonía social en vez de rectitude ver, por ejemplo Fan, (2010, capítulo 4). También Murphy y Weber (2016).

comercio, los resultados económicos no se pueden predecir: el orden comercial es parte de un orden social global y su intrínseca fluidez y variabilidad impide su clasificación incluso por las versiones más refinadas de la teoría de la elección social. Una dificultad relacionada es que en el recuento que hace Sen de la teoría de la elección racional observa una confusión innecesaria de elección y posterior reflexión sobre la elección (en el primer nivel de análisis, para ser “maximizadores racionales”), en el sentido de elegir lo que parece bueno y es preferible *al mismo tiempo*, lo cual no puede ser elegido y es lo que irremediablemente tenemos. Sin embargo, no todas las consecuencias teóricas por lo general (y a menudo indolentemente) asociadas a este último punto de vista son inevitables (Barden y Murphy, 2010, capítulo 5).

4. Conclusión: La Teoría Clásica de la Justicia

A pesar de las enormes diferencias entre los enfoques de Sandel y de Sen en torno a la cuestión de la justicia, también tienen algunos puntos en común. Ambos toman a Rawls como el principal punto de referencia a partir del cual ellos divergen,⁷ y la metodología de Sandel encaja con el visto bueno que da Sen a la tradición de la Ilustración que pretendía promover la causa de la justicia en lugar de buscar la perfección teórica. Pero mucho más significativo, desde la perspectiva de la teoría de la justicia en general, es que tanto los autores como la mayoría de los contemporáneos teóricos de la justicia confunden la idea de “justicia” y el caso específico de la “justicia social”, que no es sino una forma de lo que se ha denominado clásicamente “justicia distributiva”. No existe un consenso sobre cuando surgió el concepto de “justicia social” por primera vez para convertirse en un elemento básico del discurso político,⁸ pero se reconoce que se han desarrollado modernas teorías de la justicia distributiva para describir distintas concepciones particulares en las cuales el tema principal de la justicia es “la estructura básica de la sociedad” (Rawls, 1971, p. 3), y en las que las cuestiones de justicia en última instancia equivalen a las preguntas de cómo deberían distribuirse los recursos entre los miembros de las sociedades o comunidades.⁹ Para un conocimiento riguroso de la idea, mucho más amplia, de la justicia debemos recurrir a la tradición clásica, específicamente a Aristóteles, al Derecho Romano y a Santo Tomás de Aquino.

Cuando Sandel afirma que una sociedad distribuye bienes “de la manera correcta cuando da a cada persona lo que se le debe” (Sandel, 2009, p. 19), destaca que esta descripción de una sociedad refleja la definición de justicia del Derecho Romano en los *Institutes* de Justiniano: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*”, “la virtud de la justicia es la constante y duradera voluntad de dar a cada uno lo que le es debido”. Y aunque el comunitarismo de Sandel se basa en la ética de la virtud aristotélica, no tiene en cuenta la tradición aristotélico-romana-tomista del derecho y la justicia, en la que, como indica la definición del Derecho Romano, la justicia es una virtud en sí misma. La idea romana de que la justicia es devolver a cada uno lo que merece entiende la justicia implicando un método de investigación que no indica lo que es debido a cada cual; lo que es debido debe ser descubierto al investigar el caso particular o, en general,

⁷ A pesar de la divergencia de Sen, es está muy influido por Rawls, a cuya memoria está dedicado el libro *The Idea of Justice*. Sen cita a Wordsworth para describir sus sentimientos en 1971 cuando *A Theory of Justice* fue publicado (“Bliss was it in that dawn...”) y describe a Rawls como el pensador que puso “las bases de la teoría de la justicia” (Sen, 2009, p. 53).

⁸ Ben Jackson muestra como algunos autores datan el surgimiento de este concepto en diferentes fuentes durante el siglo XIX, pero otros datan su desarrollo en el siglo XVIII. (Jackson, 2005, pp. 356-373).

⁹ Esto no quiere decir que Rawls afirme que la justicia social sea la única concepción posible de la justicia, sino que, más bien, enfatiza el hecho de que la suya es una teoría de la justicia social.

teniendo en cuenta los distintos tipos de casos.¹⁰ En este enfoque la justicia es también “la manera correcta de valorar las cosas”, pero dicha valoración requiere ser descubierta a la luz de esas investigaciones y de su relación con los tipos de justicia.

Aristóteles (que puede discutirse si presupone lo que se convirtió, más adelante, en la definición romana de la justicia) y Santo Tomás de Aquino (que, efectivamente, adopta la definición romana) distinguen entre la justicia natural y convencional. Lo que es naturalmente justo es descubierto a través de un examen inteligente y razonable de la real situación o caso. La búsqueda de lo que es intrínseco a la situación o caso descubre que el *pacta sunt servanda* es intrínseco a la promesa hecha, por ejemplo, que es intrínseco a la propiedad y a los préstamos que lo que se pidió prestado debe ser devuelto. La justicia convencional es la que puede ser alcanzada legalmente o por acuerdo. Los fundamentos del derecho contractual expresan lo que es naturalmente justo, pero muchos de sus detalles son luego especificados por cada jurisdicción o por convenio (por ejemplo, si un acuerdo, con el fin de ser un contrato válido, debe ser escrito o no). Lo mismo puede decirse de las normas de una biblioteca que establecen cuando un libro prestado debe ser devuelto: es natural que el libro sea devuelto, pero los períodos de préstamo varían según cada libro y biblioteca. La otra clasificación aristotélica de la justicia se toma generalmente para hacer la distinción entre justicia distributiva - cuando justamente se reparte lo que comúnmente corresponde como propio- y la justicia conmutativa o rectificatoria cuando, con razón o sin ella, un no propietario devuelve lo propio a su dueño; pero a menudo es pasado por alto o se discute que Aristóteles identificara también otro tipo de justicia, la justicia recíproca, como la justicia en los intercambios o en el comercio (Barden y Murphy, 2010, capítulos 4 y 5).

Sen y Sandel, como teorías modernas en general, se centran en el caso específico de la justicia social, que no es más que una forma de justicia distributiva. Para Aristóteles, la justicia distributiva surge cuando se emprenden acciones sobre una propiedad conjunta o común para ser distribuida entre quienes comparten la propiedad de la misma.¹¹ Hay muchas situaciones en las que la justicia distributiva está en juego; funciona donde hay cualquier distribución, según algún criterio, de lo que es una propiedad común entre quienes la poseen. Por ejemplo, accionistas de una empresa que reciben un dividendo anual según un criterio, en este caso, según el número de acciones poseídas. Otro ejemplo son los casos de separación o divorcio, donde la propiedad común se distribuye entre las partes según criterios legalmente establecidos. Estos son casos de justicia distributiva clásica, pero no de la justicia social moderna.

Ni Sandel ni Sen analizan la distinción entre la justicia natural y convencional, o las categorías de la justicia rectificatoria y recíproca. Sandel parece pensar, por ejemplo, que el esquema por el que los estudiantes reciben ayudas para la matrícula universitaria a cambio de horas de servicio público es una cuestión de justicia (distributiva) social, que no lo es. Es un caso de intercambio y debe considerarse en el contexto de la justicia recíproca. Sandel separa 'ética', 'política' y 'bien común' de la idea, vagamente definida, de 'virtud' que de alguna manera representa la justicia, pero *Justice: What's the Right Thing to Do?*, sin embargo, discute importantes cuestiones sociales y políticas, así como la cuestión más amplia de cómo estos temas pueden abordarse eficazmente en una comunidad. Cuando Sandel reclama

¹⁰ Michel Villey (1914–1988) es el principal pensador moderno de esta tradición. Para una aproximación sucinta a la creación romana del Derecho entendido como un método para dirimir las cuestiones relativas a la justicia, ver Villey (1983, pp. 33-35). Ver también Barden (1999).

¹¹ *Nicomachean Ethics*, V.3.1131a10–20. También Barden y Murphy (2010, pp. 76-81).

un “más sólido compromiso público con nuestros desacuerdos morales” (Sandel, 2009, p. 268), se está haciendo eco de la preocupación de Ronald Dworkin por la ausencia en los Estados Unidos “incluso de un principio de decente discusión pública sobre los derechos humanos, la religión y los impuestos, entre muchas otras cuestiones”.¹² Quizás la mayor contribución de Sandel en *Justice* sea alentar esta cultura pública “sólida”, con un discurso público “decente”, en los Estados Unidos y posiblemente, como una contribución comparativa, también en otros lugares. Dentro de sus límites auto-impuestos fomenta y facilita el diálogo sobre el tipo de sociedad en el que la gente quiere vivir.

The Idea of Justice de Sen, por el contrario, es una contribución altamente sofisticada a la teoría de la justicia moderna. La insistencia de Sen en la teoría de la elección social es problemática porque el sistema de intercambios es parte de un orden social más amplio que no puede ser explicado fácilmente y que nunca se puede predecir con exactitud, lo que sin duda dificulta adoptar decisiones sociales importantes. Pero la aproximación de Sen es preferible al idealismo de muchas de las teorías de la justicia social dominantes. La filosofía política contemporánea, como se ha dicho, está dominada por el tema de la justicia, y en particular se centra en la distinción entre teorías de la justicia ideal y no-idealistas. La teoría de la justicia no-idealista -Sen sería el primer ejemplo- se dirige a criticar la falta de influencia en el mundo real y político de la teoría ideal del “pleno cumplimiento”, lo que significa una concepción de la sociedad plenamente justa, en la que agentes relevantes cumplan con las exigencias de la justicia y en la que la sociedad está lo suficientemente desarrollada económica y socialmente como para darse cuenta de la forma de una teoría de la justicia ideal. La idea de justicia de Sen tiene más que ver con el razonable sentimiento de que el completo cumplimiento simplemente no es posible. En el desarrollo tan elocuente como comprensivo de los valores del transnacionalismo, cosmopolitismo y el pluralismo que ha hecho la teoría de la justicia social, Sen todavía puede tener una influencia sobre el tema capaz de rivalizar con la de Rawls. Aunque cada uno de ellos pertenece a una tradición que se centra demasiado en un sólo tipo específico de justicia, que es la de la tradición clásica, que sigue siendo la más completa explicación de la justicia.

Bibliografía

- BARDEN G. (1999), *Essays on a Philosophical Interpretation of Justice: The Virtue of Justice*, Mellen, Lampeter.
- BARDEN, G. y MURPHY, T. (2007) “Law’s Function in Leviathan and De Cive—A Re-Appraisal of the Jurisprudence of Thomas Hobbes” en *Dublin University Law Journal*, Vol. 29, pp. 231–259.
- COHEN, G. (2000), *If You’re an Egalitarian, How Come You’re So Rich?*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- DER DERIAN, J. (1987), *On Diplomacy: A Genealogy of Western Estrangement*, Basil Blackwell, Oxford.
- DWORKIN R. (2006), *Is Democracy Possible Here?* Princeton University Press, Princeton, NJ.

¹² Dworkin (2006, p. 127). El libro de Dworkin es tan etnocéntrico como el de Sandel pero el caso de Dworkin está agravado por el terrible título.

- FAN R. (2010), *Reconstructionist Confucianism: Rethinking Morality After the West*, Springer, Dordrecht.
- GAL-OR N. (1993), "State-Sponsored Terrorism: A Mode of Diplomacy?", *Journal of Conflict Studies*, núm. 13, pp. 7-23.
- HOBBES, T. (1968), *Leviathan*, CB Macpherson (ed), Penguin, Harmondsworth.
- JACKSON B. (2005), "The Conceptual History of Social Justice", *Political Studies Review*, núm. 3, pp. 356-373.
- LUTRELL, M., con ROBINSON, P. (2007), *Lone Survivor: The Eyewitness Account of Operation Redwing and the Lost Heroes of SEAL Team 10*, Brown and Company, New York.
- MALLOCH-BROWN M. (2011), *The Unfinished Global Revolution: The Limits of Nations and The Pursuit of a New Politics*, Allen Lane, London.
- MURPHY, T. y PARKEY, J. (2016), "An Economic Analysis of the Philosophical Common Good" en *International Journal of Social Economics*, en prensa.
- NOZICK, R. (1974), *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York.
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, revised edition (1999), Cambridge, Mass.
- SANDEL, M. J. (1982), *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SANDEL, M. J. (2009), *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus & Giroux, New York.
- SEN, A. (2009), *The Idea of Justice*, Allen Lane, London.
- TAYLOR, C. (1999), "Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights" en BAUER, J. R. y BELL, D. (eds), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.
- TOSCANO, R. (2001), "The Ethics of Modern Diplomacy" en COICAUD, J.M. y WARNER, D. (eds), *Ethics and International Affairs: Extent and Limits*, United Nations University Press, New York.
- VALENTINI, L. (2012); "Ideal vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map", *Philosophy Compass*, Volume 7, Issue 9, pages 654-664.
- VILLEY M. (1983), *Le droit et les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris.

¿Rebelión en Cataluña? La Fiscalía de la Audiencia Nacional persigue "sombras rebeldes"

Rebellion in Catalonia? The prosecutor of the "Audiencia Nacional" seeks "rebels shadows "

Nicolás García Rivas
Universidad de Castilla-La Mancha
nicolas.garcia@uclm.es

Recibido / received: 06/01/2016

Aceptado / accepted: 23/02/2016

Resumen

La declaración de independencia realizada por el Parlament de Cataluña el 9 de noviembre de 2015 y la actuación posterior de algunos ayuntamientos catalanes han sido calificadas por la Fiscalía de la Audiencia Nacional como posible delito de rebelión. En el texto se exponen argumentos jurídicos (penales y constitucionales) para contradecir rotundamente dicha afirmación, que hace sospechar la utilización política de la Fiscalía, en contra de su estatuto constitucional de imparcialidad.

Palabras clave

Rebelión, estado de sitio, Constitución, poder militar, orden público, independencia, Cataluña, País Vasco.

Abstract

The declaration of independence by the Parliament of Catalonia on 9 November 2015 and the subsequent actions of some municipalities have been ranked by the prosecutor of the "Audiencia Nacional" as a possible crime of rebellion. The article contradicts this claim from a criminal and constitutional perspective, and raises suspicion about the political use of the public prosecution and the fulfillment of its constitutional duties of impartiality.

Keywords

Rebellion, state of siege, constitution, military power, public order, independence, Catalonia, Basque country.

SUMARIO. 1. Rebelión y estado de sitio en la España contemporánea (1808-1978). 2. El delito de rebelión en la actual etapa constitucional: los intentos separatistas de Cataluña y del País Vasco.

La declaración de independencia aprobada por el Parlament catalán el 9 de noviembre de 2015 y todo el proceso soberanista en su conjunto han puesto de actualidad un delito con gran tradición en nuestro país pero que últimamente no ha gozado de la atención de los penalistas: el delito de rebelión. La Fiscalía de la Audiencia Nacional emitió una comunicación el día 5 de noviembre de 2015 alertando a las autoridades policiales de la posible comisión futura de varios delitos, entre ellos éste. Pocos días después de aquella declaración soberanista, la comunicación se convirtió en querella por rebelión contra cuatro municipios de Cataluña, por haberse sumado a la declaración del 9 de noviembre, querella archivada acto seguido por los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional. Pero ese archivo no garantiza que una nueva querella no sea tramitada y juzgados los responsables políticos de este tipo de proclamas de independencia. Por tanto, los acontecimientos que tienen lugar en esta época en Cataluña vuelven a poner en primera línea de interés el delito de rebelión.

No se trata de un delito cualquiera. En primer lugar, porque es el que abre el Título XXI "De los delitos contra la Constitución", Carta Magna del Estado y cimiento del sistema democrático vigente. En segundo lugar, porque su desarrollo en la vida jurídica española se ha producido no por la vía del Código Penal común sino mediante el ejercicio profuso, inusitado y antidemocrático de las potestades extraordinarias con que ha contado el poder militar en la España contemporánea, lo que contribuye por una parte a desdibujar un tanto su perfil, pero también lo sitúa en una estrecha relación dialéctica con esas situaciones excepcionales y muy en especial con el estado de sitio, verdadero punto de inflexión de los sistemas liberales, donde estos viran hacia la dictadura (Schmitt, 1931).

1. Rebelión y estado de sitio en la España contemporánea (1808-1978)

Según la inmensa mayoría de los historiadores, uno de los ejes definidores de la historia contemporánea española, a partir del rechazo a la invasión francesa en 1808, es el protagonismo del poder militar (Lleixa, 1986; Artola, 2001; Ballbé, 1983), cuyo nefasto punto culminante fue, sin duda, el golpe de Estado del General Franco contra la legalidad democrática republicana en 1936, golpe que acabó en guerra civil y en una dictadura militar por cerca de cuarenta años, durante la cual –paradójicamente– fueron sistemáticamente condenados por este delito los ciudadanos fieles a la legalidad republicana o que ejercían derechos democráticos (García, 1990: 103 y ss; Portilla, 2012: 489 y ss; Jiménez, 2007: 18 y ss). Como manifestación "post mortem" de aquel nefasto régimen, el esperpéntico intento de golpe de Estado de 1981 señala el cierre definitivo de ese ciclo histórico.

Para explicar el fenómeno es necesario retrotraerse al modelo jurídico-político español de transición desde la Monarquía absoluta al Estado liberal, cuya peculiaridad (si bien no total originalidad) consistió en mantener vigentes las prerrogativas del Monarca, apoyándose en la llamada "Constitución histórica española" (Elorza, 1966; Varela, 1995; Álvarez, 1981), expresión acuñada por Jovellanos en un intento de frenar, invocando la tradición, el empuje burgués de la revolución francesa. El Jefe del Estado compartiría la soberanía con la Nación, pero no la cedería a ésta en exclusiva. Entre otras prerrogativas, podría servirse a su antojo de la llamada "cláusula de orden público", es decir las potestades extraordinarias en caso de peligro para la seguridad del Estado.

De acuerdo con esa tesis, la tradición monárquica española justificaba que el monarca mantuviera en su mano las potestades extraordinarias delimitadas por lo

que Martín Retortillo denominó “cláusula de orden público”: “La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes” es decir una cláusula de habilitación general a favor del monarca («todo cuanto conduce...»), que le posibilita para mantener una serie de potestades y atribuciones con reminiscencias del Antiguo Régimen (Martín Retortillo, 1983: 19 y ss), entre las que se hallaban las Reales Ordenanzas de Carlos III (1768) que conferían a la autoridad militar la potestad para “promulgar los Bandos que hallase conducentes a mi servicio”, confiriéndoles expresamente el carácter de “ley preferente”. Muchos años después, en 1981, el Teniente General Milans del Bosch invocaría esa potestad para dictar un bando declarando fuera de la ley los partidos políticos y los sindicatos.

Hasta que se promulgó la primera Ley de Orden Público, en 1870, las potestades de la autoridad militar para declarar el estado de guerra y, por consiguiente, la entrada en juego de esas facultades extraordinarias que las Reales Ordenanzas le atribuían (bajo la autoridad del Jefe del Estado, es decir del Rey) permanecieron sin regular y fueron aplicadas según el “libre criterio” de dicha autoridad militar, sin necesidad siquiera de comunicarlo al Gobierno, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto de 20 de octubre de 1835¹. Y ese vacío de regulación sobre las facultades extraordinarias de la autoridad militar, unido a la doctrina de la doble soberanía (Rey y Cortes) propició que se diera lugar en nuestro país a la famosa sentencia que Luis Bonaparte emitió, refiriéndose al aplastamiento de la Revolución de 1848: “je ne suis sorti de la légalité que pour rentrer dans le droit” (Morabito, 1998: 245) o, con la asepsia terminológica de Carl Schmitt, el “apoderamiento para la acción necesaria según la situación de las cosas”: la autoridad militar decide cuándo se dan los presupuestos jurídicos para atribuirse la misión de salvaguardar la seguridad interior del Estado y, a partir de ese momento, en aplicación de las Reales Ordenanzas, sus bandos se convertirán en ley preferente. He ahí cómo nace y se desarrolla el delito de rebelión en nuestro país, sometido al capricho definitorio del capitán general de turno. Cada declaración del estado de guerra lleva consigo un catálogo de comportamientos que se consideran “rebelión” y teniendo en cuenta la inmensa cantidad de bandos declaratorios del mismo, cabe hacerse una idea del auténtico archipiélago de conductas “rebeldes” en la historia jurídica de nuestro país².

Desde 1847 existieron intentos de regular las situaciones excepcionales que permitían la “activación” de la autoridad militar, intentos que sólo fructificaron en 1870, con la primera Ley de Orden Público. En ella se concedían ciertas competencias a la autoridad civil, pero dejando muy claro el art. 13 que si la rebelión se manifestase (a juicio de la autoridad competente), la decisión de la autoridad militar prevalecería sobre la de la autoridad civil. El sistema se puso a prueba de manera cruenta en la “semana trágica” catalana (1909), originada por la protesta contra el envío de tropas a Marruecos. La represión posterior dio lugar a casi 2000 detenciones, decenas de cadenas perpetuas y varias ejecuciones, todas ellas por

¹ Sirva como muestra de la absoluta arbitrariedad con la que se “entraba” en estado de guerra (o de sitio, según la terminología utilizada), que un Decreto del Ministerio de la Gobernación de 14 de enero de 1841 intentó poner coto a este caos jurídico, quejándose de que “un simple comandante en armas se haya atrevido a declarar en estado de sitio la villa de Fuente de Cantos, con motivo de cierta ocurrencia al hacerse las elecciones de concejales para el presente año”.

² Sirva como muestra lo previsto en el bando de 28 de julio de 1936, según el cual se consideraba rebelión militar: propalar noticias falsas o tendenciosas, atentar contra vías de comunicación, la elevación de los precios de artículos de primera necesidad, etc. Prácticamente del mismo tenor el bando de 6 de octubre de 1934, del General Bartet.

rebelión militar. La Ley de Orden Público de 1933 eliminó por primera vez la “autonomía militar”, en consonancia con la proclamación constitucional de la soberanía popular. El estado de guerra sólo podía ser declarado por el Gobierno legítimo. Por eso los bandos emitidos por el General Franco y sus secuaces nunca podían ser considerados más que papel mojado, nulos de pleno derecho.

Junto a esa “libre regulación” y “libre apreciación” de la rebelión, los distintos Códigos Penales promulgados durante el siglo XIX mantuvieron una constante definición de la misma como *alzamiento público*, y en abierta hostilidad contra el Gobierno, lo que permitía decir a Pacheco “la rebelión es un delito colectivo, que se hace en público, que se sostiene con armas; nunca hay un rebelde como no haya muchos rebeldes” (Pacheco, 1848: 178). En realidad, la definición que contenía el art. 167 del CP de 1848 (semejante a la del art. 243 del CP de 1870) no exigía que el alzamiento fuera armado. Pero ello se infería claramente de una interpretación sistemática, dado que la “abierta hostilidad contra el Gobierno” sólo era concebible mediante un alzamiento que fuera armado y, también, la excusa absolutoria para los rebeldes que “depusieran las armas”. Por si faltara algún argumento, los Códigos Penales para el Ejército (1884) y para la Marina (1888), así como los posteriores Códigos de Justicia Militar (1890, 1945) definían la rebelión como alzamiento “en armas”. Conviene saber también que, al mismo tiempo, los Códigos Penales comunes de 1848, 1870, 1932, 1944 y 1973 conocían una figura “impropia” de rebelión en la que no se exigía el alzamiento público. Esta figura extraña a la fisonomía de la rebelión ha desaparecido por completo. Bajo su radio de acción podían incluirse acciones tan relevantes como la deposición del Jefe del Estado, pero también cualquier movimiento de carácter político que pretendiera cambiar la Constitución sin organizar una insurrección. Es cierto, también, que la pena prevista para esta “rebelión impropia” siempre fue sustancialmente inferior a la de la rebelión propia, lo que induce a pensar que el legislador quería castigar acciones de menor calado o de menor lesividad objetiva.

Durante la II^a República se produjo un acontecimiento relativo a la rebelión militar que merece ser destacado aquí, por la posible analogía con la situación actual en Cataluña. En octubre de 1934, el President de la Generalitat, Lluís Companys realiza la solemne proclamación del Estado Catalán mientras en Asturias se gesta una revolución minera que acabaría con una brutal represión y miles de condenados por rebelión. El gesto político de Companys fue respondido de inmediato por el Gobierno (conservador) de Madrid con la declaración del estado de guerra y la detención y procesamiento del President, que sería juzgado un año más tarde por el Tribunal de Garantías Constitucionales como autor de un delito de rebelión militar. De nada sirvieron los buenos oficios de su abogado, el ilustre penalista Luis Jiménez de Asúa, que había sido Presidente de las Cortes constituyentes y sería después Presidente de la República en el exilio. Jiménez de Asúa planteó la defensa arguyendo que Companys no pretendía separarse de España sino “integrarse de otro modo” en un sistema confederal pero dentro de la II República española. Sea como fuere, y a los efectos de este artículo, se debatió con profusión de argumentos si realmente podía hablarse de una rebelión militar cuando se trataba de una “mera” declaración política. En su reciente libro sobre este tema, Alejandro Nieto explica con detalle que si bien era cierto que la mera proclamación del Estado catalán no suponía ningún movimiento insurreccional contra el Ejército republicano, era patente que más pronto que tarde se producirían choques armados entre las fuerzas fieles a la Generalitat y las que se mantuvieran fieles a la República, a partir de lo cual el enfrentamiento armado sería ineludible. Companys

fue condenado, aunque no por unanimidad, a treinta años de prisión³. Su condena no impidió que en la postguerra fuera fusilado como rebelde, pero por el mero hecho de haber sido Presidente de Cataluña en la II República, una paradoja que expresa con claridad el carácter netamente político de este delito.

2. El delito de rebelión en la actual etapa constitucional: los intentos separatistas de Cataluña y del País Vasco.

A consecuencia de los evidentes rasgos autoritarios de la historia contemporánea española, que se acaban de reseñar, la Constitución vigente se cuida muy mucho de incluir ninguna “cláusula de orden público” y reconoce sólo al poder legislativo la facultad de declarar el estado de sitio, a propuesta del Gobierno (art. 116). La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, regula también la situación que puede dar lugar a dicha declaración, en concreto “cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio”. Se cierra así completamente, por tanto, la posibilidad de pasar de la democracia representativa a otra forma política autoritaria excepcional en la que el protagonismo lo ostente la autoridad militar.

El intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 fue juzgado y condenado conforme a la legislación vigente durante el franquismo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983 condenó a los principales cabecillas militares a penas de 30 años de prisión; de los civiles implicados sólo uno fue condenado sólo como conspirador a 2 años de prisión. Poco después del intento, se aprobó la llamada entonces “Ley de Defensa de la Constitución” (LO 2/1981). En la Exposición de Motivos del Proyecto, decía el Gobierno que “las disposiciones del vigente Código Penal no contienen, dada su fecha, referencia específica a la Constitución y se hace por ello necesario ampliar la figura delictiva de la rebelión a los supuestos en que por la fuerza o fuera de los cauces legales se atentase contra la más elevada norma de nuestro Ordenamiento, lo que equivale a ir contra el propio Estado”. A partir de ese momento, el delito de rebelión se ha convertido en el máximo exponente de la defensa de la Carta Magna. Como se dijo al principio, es el delito que abre el Título XXI “De los delitos contra la Constitución”. Mientras tanto, la legislación penal militar ha arrinconado progresivamente la figura de la rebelión “militar” hasta dejarla reducida a los intentos golpistas que se produzcan cuando España se encuentre en “situación de conflicto armado” (art. 9.2 b) CPM 2015), expresión que no es análoga a la de “estado de sitio”, por mucho que pueda favorecer la declaración de éste si dicha situación lleva a una grave crisis constitucional.

La discusión parlamentaria que tuvo lugar sobre el delito de rebelión en 1995, al aprobarse el actual Código Penal, ha sido relatada con detalle por López Garrido-García Arán (1996: 195 y ss). El Proyecto gubernamental no incluía el carácter violento del alzamiento público como requisito para la tipicidad del hecho. Los grupos nacionalistas se negaron a asumir esa definición porque entendieron que perseguir la independencia por vías pacíficas debía considerarse legítimo. Una enmienda transaccional de López Garrido lo incluyó, zanjándose la cuestión. A la rebelión “sin alzamiento” no se la menciona en ningún momento. Su desaparición fue total y absoluta.

³ La Sentencia se recoge en Gaceta de Madrid, 12 de junio de 1935 (núm. 163), p. 2123 a 2131 (Nieto, 2014).

Pero el delito no exige sólo constatar que una multitud o una parte del ejército se "alzan pública y violentamente". Hace falta acreditar que dicho alzamiento tiene como objetivo destruir o menoscabar el sistema constitucional democrático vigente, que es el bien jurídico protegido aquí. Si la finalidad es otra, puede tratarse de una sedición, que sólo entorpece el funcionamiento de las instituciones pero no las pone en cuestión. Se trata de delitos cuya forma comisiva es parecida (la sedición no exige la violencia en el alzamiento) pero que afectan a bienes jurídicos muy distintos, en este caso el orden público. La lista de finalidades típicas del delito de rebelión es muy amplia, y abarca hechos cuya trascendencia política es incontrovertible, como la de derogar, modificar o suspender total o parcialmente la Constitución (art. 472. 1^a CP), pero también otros de muy ambigua trascendencia, como la de impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos (art. 472.3^a CP), que sí la tiene si se trata de elecciones generales y el alzamiento impide la formación de las Cortes Generales, pero que bien puede tener una incidencia mínima en un pequeño pueblo. Por ello, siguiendo la sana costumbre interpretativa de relacionar el tenor literal del precepto con el bien jurídico protegido, limitando su alcance a las conductas que atenten contra éste, sólo podrá considerarse rebelión aquel alzamiento con trascendencia objetiva para poner en peligro el sistema constitucional vigente y no otros alzamientos menores, por muy violentos que sean. En efecto, la pena prevista para el delito aconseja, en aras del principio de proporcionalidad, elevar todo lo posible el listón de la lesividad del hecho para equilibrar el binomio conducta-sanción.

De todas las finalidades típicas del delito de rebelión, una concita la atención de la sociedad y de los tribunales españoles en los últimos meses: la de "declarar la independencia de una parte del territorio nacional", factor decisivo de la vigencia constitucional en ese territorio, de acuerdo con lo previsto en el art. 2 CE: "la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles". La declaración soberanista realizada por el Parlament catalán el 9 de noviembre de 2015 (e incluso la consulta realizada un año antes), ha sido calificada por algunos como un posible delito de rebelión. Si tal calificativo le fuera otorgado por miembros de la caverna mediática afín a la ultraderecha española, no merecería mayor atención. Sin embargo, cuando es nada menos que el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional el que exhorta a las autoridades policiales de Cataluña -cuatro días antes de aquella "Declaración" -a que presten atención por si se comete un delito de rebelión (del que se considera competente), basándose en "la ilegalidad de la resolución parlamentaria en la que se acuerde iniciar el proceso de independencia del territorio autonómico catalán", la cuestión pasa de ser un mero ejercicio retórico a concitar un interés jurídico inmediato. Más aún cuando unos días después la Fiscalía presenta querella contra los responsables políticos de cuatro municipios de Cataluña (Celdrá, Girona, Igualada y Sant Cugat del Vallès) como presuntos autores de un delito de rebelión y obliga a los Jueces Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional a pronunciarse, archivando el caso.

Frente a este planteamiento, jurídicamente insostenible, cabe repetir que por mucho que la declaración independentista del 9 de noviembre de 2015 acredite la finalidad de "declarar la independencia de" Cataluña (art. 472.3º), al tratarse de un delito "de medios determinados", sólo cabrá procesar por delito de rebelión cuando se acredite, además, que existió un alzamiento público y violento para lograr dicha finalidad. Y aquí es donde la coincidencia con la ley penal de los actos del Parlament y de los cuatro ayuntamientos desaparece por completo. Porque este tipo de declaraciones políticas u otras acciones que puedan tener como objetivo la independencia de Cataluña (o de cualquier parte del territorio nacional) sólo pueden constituir delito de rebelión cuando se demuestre que existe un alzamiento público y

violento (delito consumado) o se realizan actos ejecutivos tendentes a ello (tentativa) o, en el supuesto más favorable para las tesis de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, se conspira, propone o provoca dicho alzamiento, algo que está muy lejos de acreditarse en la actualidad política y social catalana. Cuando Companys fue juzgado en 1935 a causa de su proclamación independentista del 6 de octubre de 1934, el Tribunal de Garantías Constitucionales se partió casi en dos precisamente porque los votos particulares disidentes de 5 magistrados sostuvieron que la proclamación "estaba fuera de su competencia y evidentemente violó la ley de manera formal, pero no por ello constituía un alzamiento", algo parecido a lo que puede suceder ahora⁴.

Nuestros tribunales ya tuvieron ocasión de pronunciarse a propósito de los intentos de reforma estatutaria en el País Vasco, también previa consulta. Existe pues un precedente cercano, juzgado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el llamado "Plan Ibarretxe", que esencialmente proponía una reforma del Estatuto de autonomía que incluyera el derecho de autodeterminación. El Auto 25/2007, de 27 de noviembre, sostuvo que "en definitiva, y como dejaba recogido este Tribunal en su Auto de fecha 1 de marzo de 2005, las manifestaciones del Lehendakari no se pueden interpretar más que como la expresión de un deseo y el anuncio de una intención de naturaleza política y futuro incierto. Como significa el Fiscal, y estamos de acuerdo, el Estado de Derecho tiene mecanismos suficientes al margen del Derecho Penal, para, en esta fase en la que nos encontramos, frenar todo tipo de planteamientos políticos que no se ajusten a los procedimientos y cauces legales y constitucionalmente establecidos". Y descarta de plano la existencia de una proposición para la rebelión. He destacado la opinión del Ministerio Fiscal en aquel asunto porque contrasta frontalmente con la adoptada ahora por la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que persigue sombras rebeldes desconociendo por completo la necesidad de tratar con absoluto rigor jurídico casos tan relevantes como éste.

Para concluir, permítaseme añadir que las anteriores reflexiones nos abocan a una discusión jurídica sobre la necesidad o no de incluir en nuestro Código Penal algún tipo que sirva para castigar acciones distintas del alzamiento rebelde, pero que son promovidas para alterar el sistema democrático vigente. No pienso ahora en la declaración soberanista catalana (que en mi opinión circula en el área de la mera política) sino, por ejemplo, en el golpe de Estado a escala autonómica que se produjo en Madrid en junio de 2003, cuando según todos los indicios se suplantó la voluntad popular mediante la compra del voto de dos diputados autonómicos socialistas, lo que cambió el Gobierno legítimamente elegido, seguramente por intereses urbanísticos espurios. Un acto como ese, que representa una alteración política de primera magnitud, no aparece expresamente previsto entre los delitos contra las Cortes y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, ni tampoco entre los delitos contenidos en la Ley Electoral General (cuyo art. 146 sí castiga la compra del voto del ciudadano). Y el ordenamiento jurídico penal debe contener preceptos que castiguen esta clase de actos con dureza, por la trascendencia política que tienen.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, E. (1977), "El pensamiento político canovista", *Revista de Derecho político*, p. 233-295.
- ARTOLA GALLEGO, M. (2001), *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Alianza Editorial, Madrid.

⁴ Vid. Gaceta de Madrid, 12 de junio de 1935 (núm. 163), cit.

- BALLBÉ, M. (1983), *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Alianza Editorial, Madrid.
- ELORZA DOMÍNGUEZ, A. (1966) "La ideología liberal ante la restauración: la conservación del orden", *Revista de Estudios Políticos*, No. 147-148, p. 65-92.
- GARCÍA ARÁN, M- LÓPEZ GARRIDO, D. (1996), *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, EUROJURIS, Madrid.
- GARCÍA RIVAS, N. (1990), *La rebelión militar en Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C. (2007), "La destrucción del orden republicano", *Hispania Nova*, núm. 7, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://hispanianova.rediris.es/7/HISPANIANOVA-2007.pdf>, (fecha de consulta: 18 de marzo de 2016)
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2012), "Nulidad de las sentencias dictadas por los tribunales de excepción franquistas", En: PÉREZ CEPEDA, A. *El principio de justicia universal: fundamento y límites*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 489-521.
- LLEIXA, J. (1986), *Cien años de militarismo en España*, Anagrama, Madrid.
- MARTÍN RETORTILLO, L. (1983), "Notas para la historia de la noción de orden público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 36, pp. 19-38.
- MIRETE NAVARRO, J.L. (1981), *El doctrinarismo filosófico-político y la Restauración en España*, Editorial regional, Murcia.
- MORABITO, M.- BOUMARD, D. (1998), *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Dalloz-Sirey, Paris.
- NIETO GARCÍA, A. (2014), *La rebelión militar de la Generalidad de Cataluña contra la República*, Marcial Pons, Madrid.
- PACHECO, J.F. (1848), *Código Penal*, Concordado y comentado, Tomo II, Madrid.
- SCHMITT, C. (1931), *La dictadura*, trad. José Díaz García, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- VARELA SUANZES, J. (1995), "La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845", *Revista de Derecho político*, No. 39, pp. 46-80.

El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro

Appeal for review as an instrument of execution of the European Court of Human Rights' judgments: past, present and future

Carmen Montesinos Padilla

Universidade de Vigo

cmontesinos@uvigo.es

Recibido / received: 28/01/2016

Aceptado / accepted: 02/03/2016

Resumen

El carácter subsidiario de las demandas ante el Tribunal de Estrasburgo, consecuencia de su naturaleza internacional, ha hecho de la ejecución de sus sentencias uno de los principales desafíos para la evolución del sistema a medio y largo plazo. El necesario agotamiento de los recursos internos con carácter previo a la interposición de la demanda dificulta sobremanera la ejecución de las sentencias de este tribunal internacional, que se enfrenta indefectiblemente a la firmeza de las resoluciones de los jueces y tribunales nacionales. En España hemos tardado más de treinta años en disponer de un mecanismo procesal que incorpore, como motivo expreso de reapertura de procedimientos internos, la concurrencia de una sentencia condenatoria con origen en Estrasburgo. Y el uso del recurso de revisión a tales efectos fue ya criticado con carácter previo a la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Queda por ver si estas críticas han sido superadas tras la reforma y si la práctica de la revisión supone el remedio definitivo para la tan polémica cuestión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave

Recurso de revisión, ejecución de sentencias, restitutio in integrum, subsidiariedad, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

The subsidiary nature of the complaints lodged with the Strasbourg Court, due to its international nature, has made its judgments' enforcement a major challenge for the development of the system of the Rome Convention over the medium- and long- term. The

required exhaustion of every domestic remedy before filing the complaint with this international court makes the enforcement of its judgments extremely difficult, taking into account the final character of the judgments of the national courts. In Spain, we have taken more than thirty years to design a procedural mechanism that incorporates, as an explicit basis for reopening domestic proceedings, the concurrence of a judgment from Strasbourg. And the use of the appeal for review to that effect was already criticized before the recent reform of the Organic Law of the Judiciary Power. It remains to be seen whether these criticisms have been overcome after the reform and whether the appeal for review is the definitive solution for the highly controversial issue of implementation of the judgments of the European Court of Human Rights.

Keywords

Appeal for review, enforcement of judgments, European Court of Human Rights, restitutio in integrum, subsidiarity.

Sumario. 1. La ejecución como desafío pendiente. 2. La excepción a la regla (más o menos) general del cumplimiento. 2.1. Fracasos (a medias) del pasado. 2.2. Esperanzadoras certezas de un futuro más presente que lejano. 3. Nuevas y viejas incertidumbres.

"The right to bring proceedings would be illusory if a final, binding judicial decision was allowed to remain inoperative. This is equally true of international systems and therefore of the judicial machinery set up by the European Convention on Human Rights"
(Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2014)

1. La ejecución como desafío pendiente

La polémica acerca del ejercicio de funciones quasi-constitucionales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha nutrido un intenso debate acerca de su futuro a medio y largo plazo, sobre todo a partir de finales de la década de los noventa del pasado siglo. El proceso de reforma al que se ha enfrentado este Tribunal desde la entrada en vigor del Protocolo 11 ha estado así claramente influenciado por la disyuntiva entre la defensa del orden público europeo y la justicia individual. Y lo cierto es que, sin desmerecer los avances que en materia de protección de derechos supuso la plena judicialización del sistema, no podemos perder de vista el origen internacional de las sentencias de Estrasburgo que, al menos en teoría, debieran limitarse a constatar la vulneración de los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio de Roma) y sus Protocolos¹.

En un primer momento, el TEDH efectivamente se limitó a cotejar vulneraciones de derechos, sin que en el fallo apareciera qué autoridad pública debía tenerse por responsable directa ni qué medida debía adoptarse para proceder a la *restitutio in integrum* de la víctima². Con el paso del tiempo, sin embargo, fue incorporando en sus resoluciones medidas a acatar por el Estado condenado para poner fin y evitar futuras vulneraciones del CEDH³. Desde finales de la década de

¹ Sobre la preeminencia del sistema del CEDH respecto de otros sistemas regionales de garantía, Rodríguez (2001: 84); Salinas Alcega (2008: 15-18) y Teijo García (2010: 87).

² Estas características son las que, en opinión de Queralt Jiménez (2008: 8), nos permiten calificar de "meramente declarativas" las sentencias del TEDH.

³ Sobre la evolución en cuanto al carácter declarativo de las resoluciones de Estrasburgo, Leach (2013:142-180).

los ochenta y como consecuencia de un importante cambio en la concepción de las demandas ante el TEDH, la imposición del pago de la satisfacción equitativa *ex art. 41 CEDH* (originariamente excepcional) se convirtió en una de las obligaciones más generalizadas en las resoluciones de Estrasburgo⁴. Pero el progresivo incremento de su carga de trabajo no tardó en impulsar la concreción por el TEDH de otros tipos de medidas, tanto generales como individuales. Se hacía así cada vez más evidente la necesidad de, en su caso, articular mecanismos de reapertura de procedimientos internos⁵. Al fin y al cabo, la defectuosa ejecución de sus sentencias es considerada como una de las principales causas del progresivo incremento de demandas acumuladas ante el TEDH. Y el carácter subsidiario del amparo europeo enfrenta la ejecución de las resoluciones de Estrasburgo al carácter definitivo de las sentencias de los órganos jurisdiccionales nacionales⁶.

De esta situación se han hecho cargo las distintas instituciones del Consejo de Europa, que ya con carácter previo al inicio del Proceso de Interlaken prestaron especial atención a la problemática cuestión de la ejecución. Así, por ejemplo, tanto la Recomendación (2000)2, del Comité de Ministros, como la Resolución 1226(2000)1, de la Asamblea Parlamentaria, incorporaron entre sus principales recomendaciones a los Estados parte del Convenio de Roma la previsión legislativa de mecanismos de revisión de procedimientos internos⁷. Como se ha apuntado en alguna ocasión, el efectivo respeto del CEDH impone la obligación de adoptar los cauces procesales adecuados para reinstaurar a las víctimas en el pleno disfrute de sus derechos (Ripol Carulla, 2007: 75). Y posiblemente la postura más radical adoptada en este sentido haya sido la de la *Corte costituzionale* italiana en su Sentencia núm. 113/2011, relativa al caso *Dorigo*, en la que la Corte declaró “constitucionalmente ilegítima” la no previsión legislativa de un supuesto específico de revisión de procesos internos en respuesta a una sentencia condenatoria del TEDH (López Guerra, 2013: 157). En cualquier caso, la falta de mecanismos adecuados para dotar de plena eficacia interna a las resoluciones de Estrasburgo ha sido uno de los principales desafíos abordados en el proceso de reflexión sobre el futuro del TEDH⁸.

El así llamado Proceso de Interlaken se inició formalmente con la Declaración del mismo nombre, de 19 de febrero de 2010 (Consejo de Europa, 2010) y tiene su último exponente en la Declaración *Implementation of the European Convention on Human Rights, Our Shared Responsibility*, resultado de la Conferencia de Alto Nivel celebrada en Bruselas del 26 al 27 de marzo de 2015, y en la que se instó a los Estados parte a seguir aumentando sus esfuerzos para

⁴ Este giro se produce con carácter previo a la entrada en vigor del Protocolo 11 cuando, en relación con supuestos de vulneración del derecho de propiedad, el TEDH comenzó a exigir el pago del valor del objeto litigioso cuando el Estado no procedía a su restitución (STEDH, de 31 de octubre de 1995, en el asunto *Papamichalopoulos y otros c. Grecia y, ya tras la entrada en vigor del Protocolo nº11, STEDH, de 23 de enero de 2001, en el asunto Brumarescu c. Rumanía*).

⁵ Las medidas generales van desde la simple publicación y difusión de sus sentencias, hasta la modificación de disposiciones constitucionales, pasando por la aprobación o enmienda de leyes y reglamentos y la alteración de prácticas administrativas y jurisprudenciales. Por su parte, las medidas de tipo individual pueden ser muy variadas, desde el pago de la satisfacción equitativa hasta, por ejemplo, la revocación de órdenes de expulsión, siendo la reapertura de procedimientos internos la medida con mayor potencial para alcanzar la *restitutum in integrum* de la víctima cuando la sentencia condenatoria tiene su origen en un proceso judicial ante los jueces y tribunales nacionales.

⁶ Sobre la modificación de normativa nacional para incorporar mecanismos de reapertura de procedimientos internos durante la primera década de vigencia del Protocolo 11, puede consultarse el documento DH-PR(2006)002 Addendum I, de 4 de abril de 2006.

⁷ Con posterioridad, el Comité de Ministros ha dedicado muchos otros documentos a la materia como, por ejemplo, su Recomendación sobre la eficacia de la capacidad doméstica para la rápida ejecución de las sentencias del TEDH (CM/Rec(2008)2)

⁸ Sobre el así denominado “Proceso de Interlaken”, Montesinos Padilla (2013: 51-84).

poner en marcha recursos eficaces en materia de ejecución, a presentar en plazo planes integrales e informes de acción que contribuyan al diálogo con el Comité de Ministros, a fomentar el intercambio de información y buenas prácticas y a establecer *contact points* entre los miembros de sus Gobiernos y de sus autoridades judiciales y parlamentarias (Comité Director de Derechos Humanos, 2015a). A ello debemos añadir que en su sesión núm. 125 del 19 de mayo del mismo año, el Comité de Ministros identificó entre los principales desafíos a los que actualmente se enfrenta el sistema del Convenio de Roma tanto las demandas repetitivas, como el aumento de su propia carga de trabajo en ejercicio de las funciones que le son encomendadas en materia de supervisión (Comité de Expertos sobre la Reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2015). Y la ejecución y revisión de sentencias han sido también consideradas como áreas de especial relevancia para la viabilidad del sistema a largo plazo en el *Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights* (Comité Director de Derechos Humanos, 2015b), resultado de los trabajos del Comité Director de Derechos Humanos (CDDH), el Comité de Expertos DH-GDR⁹ y el Grupo de redacción GT-GDR-F¹⁰, en respuesta a la previa Declaración de Brighton (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2012).

En este reciente informe, publicado en diciembre de 2015, el CDDH considera que el TEDH podría indicar más claramente en sus sentencias los elementos más problemáticos que constituyen las fuentes directas de la constatación de la violación, pero expresa su negativa a generalizar la práctica de la concreción de las medidas individuales y/o generales a adoptar por los Estados parte. Asimismo, en cuanto a la cuestión de la satisfacción equitativa, considera que los criterios aplicados por el TEDH tienen que ser más transparentes y tener debidamente en cuenta las circunstancias económicas nacionales. Y en relación con la cuestión de la reapertura de los procedimientos internos, advierte que este es solo uno de los medios para asegurar la *restitutio in integrum* de la víctima, señalando la conveniencia de acudir a las experiencias de los Estados miembros del Consejo de Europa, dadas a conocer en la reunión celebrada por el DH-GDR en mayo de 2015¹¹.

Durante todo este tiempo de reflexión, han sido muchas las reformas acometidas en el sistema regional con objeto de incrementar la eficacia del TEDH impulsando la correcta ejecución interna de sus sentencias. Piénsese, por ejemplo, en la adopción de las Reglas para la vigilancia de la ejecución de las sentencias y de los términos de los arreglos amistosos¹², en la articulación por el Protocolo 14 de

⁹ El DH-GDR es un comité intergubernamental especializado en el trabajo sobre la reforma del sistema del CEDH. Supervisa los trabajos preparatorios realizados por los distintos grupos de redacción y se reúne tres veces al año.

¹⁰ El GT-GDR-F es un grupo encargado de la preparación del referido informe del CDDH.

¹¹ DH-GDR(2015)R8, 29 May 2015. Estas contribuciones se encuentran disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/Reopening-en.asp> (fecha de consulta: 15 de enero de 2016).

¹² Adoptadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 para la adaptación de las "Reglas con vistas a la aplicación del art. 46, párrafo 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos" a las novedades introducidas por el Protocolo 14, en las mismas se detalla el procedimiento que el Comité de Ministros debe seguir para el ejercicio de su función de control, introduciéndose algunas modificaciones significativas relativas a la información concerniente al pago de la satisfacción equitativa y a la ejecución de medidas individuales (Regla 9); los recursos de interpretación y por incumplimiento (Reglas 10 y 11), el respeto de los términos de los arreglos amistosos (Regla 12) y los mecanismos de los que dispone el Comité para el ejercicio de esta función de control (resoluciones que serán transitorias mientras que se considere que la ejecución de la sentencia no se ha producido, y definitivas cuando se entienda que el Estado ha adoptado las medidas necesarias para conformarse a la STEDH o ejecutar los términos del arreglo amistoso: Reglas 16 y 17).

los recursos de interpretación y por incumplimiento¹³ y en el nuevo procedimiento de supervisión de la ejecución por el Comité de Ministros (*twin-track supervision system*)¹⁴. Sin embargo, son los Estados miembros del Consejo de Europa los verdaderos responsables, y es a ellos a quienes corresponde hacer efectivas las recomendaciones en materia de ejecución de sentencias procedentes de Estrasburgo. En el caso de España, si bien podemos hablar de un cumplimiento generalizado de las sentencias condenatorias del TEDH, hemos tenido que esperar más de tres décadas para disponer de un mecanismo de reapertura de procedimientos internos, recomendación reiterada tanto por el Comité de Ministros, como por el propio TEDH en muchas de sus sentencias condenatorias dirigidas a las autoridades nacionales españolas¹⁵.

2. La excepción a la regla (más o menos) general del cumplimiento

Al igual que el resto de los Estados parte del CEDH, España ha disfrutado tradicionalmente de una cierta libertad en cuanto a la elección de los medios para dotar de eficacia interna a las resoluciones de Estrasburgo. Libertad que, como se tuvo ocasión de apuntar, se ha ido difuminando a medida que se incrementaba la carga de trabajo del TEDH¹⁶. A esta, llamémosla así, distorsión del carácter meramente declarativo de las sentencias de Estrasburgo, han ido respondiendo, en mayor o menor medida, de mejor o peor forma, las instituciones y órganos judiciales españoles¹⁷. Por ejemplo, en materia de medidas generales puede destacarse la amplia difusión de la que, desde mediados de los noventa, disfrutan las sentencias del TEDH en nuestro país a través del Ministerio de Justicia¹⁸. Además, aunque con

¹³ El Comité de Ministros puede plantear el recurso de interpretación al TEDH (la competencia corresponde a la formación que hubiera adoptado la sentencia a interpretar) cuando estime que el obstáculo para el control de la ejecución de una sentencia definitiva se deriva de la interpretación de la misma, y el de incumplimiento ante la Gran Sala cuando entienda que un Estado parte rechaza conformarse a una sentencia definitiva, abriendose así la vía para la aplicación de las sanciones reguladas en el art. 8 del Estatuto de Londres y, en concreto, para la expulsión de tal Estado del Consejo de Europa. Si la Gran Sala establece que se ha violado el art. 46.1 CEDH remitirá el asunto al Comité de Ministros, al que corresponderá evaluar las medidas que sea preciso adoptar. Un adelanto de los problemas que después plantearía el referido recurso por incumplimiento puede verse en Carrillo Salcedo (2003: 187) y en Lambert Abdelgawad (2008: 57).

¹⁴ CM/Inf/DH(2010)37E, 6 September y CM/Inf/DH(2010)45 Final, 7 December.

¹⁵ Así, por ejemplo, en la Resolución DH(2005)93, de 26 de octubre, relativa a la STEDH en el asunto *Gabarri Moreno*, de 22 de octubre de 2003, el Comité de Ministros puso ya de manifiesto su preocupación acerca de la imposibilidad de proceder en España a la reapertura de un procedimiento interno cuando así lo exija una sentencia condenatoria del Tribunal de Estrasburgo. En el mismo sentido pueden verse las Resoluciones DH (2005) 93, 94 y 95, de 26 de octubre, relativas a la ejecución de las S TEDH en los asuntos *Gabarri*, *Perote Pellón* y *Pescador Valero*, respectivamente.

¹⁶ En su Sentencia en el asunto *Vuckovic y otros c. Serbia*, de 28 de agosto de 2012, el TEDH declaró (apdos. 95 y 407): “una sentencia en la que el Tribunal declare una violación impone al Estado demandado una obligación jurídica no solo al pago de cualquiera cantidad reconocida a título de satisfacción equitativa, sino también a elegir, sujeta a la supervisión del Comité de Ministros, las medidas generales y, en su caso, individuales que deben ser adoptadas en su ordenamiento interno con el fin de poner fin a la violación constatada por el Tribunal y para hacer desaparecer, en la medida de lo posible, sus efectos (...) Sin embargo, en casos excepcionales, con el fin de ayudar al Estado demandado a cumplir sus obligaciones al amparo del artículo 46, el Tribunal procurará indicar el tipo de medidas que podrán ser adoptadas para poner fin a la situación que ha sido constatada”.

¹⁷ Un resumen de las demandas contra España tratadas por el TEDH desde el 1 de enero de 2013 al 1 de julio de 2015 se encuentra disponible en Unidad de Prensa.Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015).

¹⁸ Desde 1995 el Ejecutivo español desarrolla una triple actividad para dar difusión a las sentencias del TEDH: procede a su publicación en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, remite la sentencia al Consejo General del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional y, en caso de que fuera preciso, a los órganos judiciales y autoridades administrativas directamente afectadas. Además, desde 2011 y en respuesta a las recomendaciones del Servicio de ejecución de sentencias del Comité de Ministros de octubre de 2010, la jurisprudencia del TEDH en los asuntos en los que ha sido parte España se encuentra disponible en la web oficial del propio Ministerio de Justicia.

injustificable retraso en la mayoría de las ocasiones, las autoridades nacionales han acabado por acatar las indicaciones relativas a reformas legislativas que eviten análogas vulneraciones del Convenio de Roma en el futuro¹⁹. Así lo ha puesto de manifiesto el reciente documento informativo del Departamento de asuntos jurídicos y derechos humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, publicado bajo el título *Impact of the European Convention on Human Rights in States Parties: selected examples*, de 8 de enero de 2016 (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 2016), en relación con las reformas en materia de condenas en apelación²⁰ y contaminación acústica²¹.

La tendencia en el caso de las medidas individuales ha sido también la del cumplimiento. El Comité de Ministros ha acreditado el pago de la correspondiente satisfacción equitativa cuando la misma resultaba procedente²², y hoy nadie desconoce la puesta en libertad de presos en España tras la condena de la “Doctrina Parot” en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el asunto *Del Río Prada*²³. Pero fue precisamente esta Sentencia la que reavivó en nuestro país el debate acerca de la problemática ejecución de las Sentencias de Estrasburgo con origen en procedimientos judiciales. En su Auto núm. 61/2013, de 22 de octubre, dictado al día siguiente de la publicación de la mencionada Sentencia, la Audiencia Nacional recordó la vinculación de nuestro ordenamiento al CEDH y “a las decisiones y doctrina de su órgano jurisdiccional” advirtiendo, al plantearse la ejecución, que “la sentencia *Del Río Prada* contra España es de las que deberían provocar en un recurso de amparo si el tribunal de ejecución no hubiese estimado la pretensión de libertad, la rescisión de las resoluciones judiciales firmes que hubieran provocado la lesión actual del derecho a la libertad”²⁴.

La excepción al cumplimiento generalizado de las indicaciones del TEDH, la inexistencia de un mecanismo de revisión de sentencias firmes en respuesta a una condena procedente de Estrasburgo, ha sido de lo más problemática en España²⁵. Y esta situación de ausencia de expresa previsión legal ha llevado a intentar hacer uso con tal finalidad de los mecanismos procesales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, entre ellos, el referido recurso de amparo constitucional²⁶.

¹⁹ Buen ejemplo de ese retraso lo fue la reforma del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que llevó a cabo la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo en respuesta a la Sentencia del TEDH en el asunto *Ruiz Mateos*, de 23 de junio de 1993.

²⁰ La Asamblea Parlamentaria se refiere a las modificaciones introducidas por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que limita los poderes de los tribunales de apelación en tanto que, en los casos en los que se considere que el tribunal de primera instancia no ha evaluado adecuadamente las pruebas, no podrá condenar a quien fue absuelto en primera instancia ni agravar la pena. Este cambio legislativo en el orden penal responde a la STEDH en el asunto *Igual Coll c. España*, de 10 de marzo de 2009 y otras sentencias similares.

²¹ En este caso la referencia es a los dos Reales Decretos, aprobadas en 2005 y 2007, que completaron a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, en particular, en lo relativo a la evaluación y gestión del ruido ambiental y a la clarificación de la definición de la zonificación y las emisiones acústicas.

²² Entre otros, CM/ResDH (2011)159, de 14 de septiembre y CM/ResDH(2013)134, de 3 de julio.

²³ CM / ResDH (2014) 107, de 21 de octubre.

²⁴ Sobre esta Sentencia puede verse, entre muchos otros, Sáenz de Santamaría (2014: 129-218).

²⁵ No ha faltado quien advierta en la no previsión legal de mecanismos concretos para la ejecución de las sentencias del TEDH un incumplimiento por los órganos del Estado del mandato constitucional que se deriva del principio de legalidad y del art. 9.2 CE, así como del propio art. 24 CE: Fernández de Casadevante Romaní (1998: 179-185).

²⁶ En cuanto a los concretos mecanismos procesales para dotar de eficacia interna a las resoluciones del TEDH, Palomo del Arco (2006: 333-336).

2.1. Fracasos (a medias) del pasado

Bien conocida e ineludible en este trabajo es la ampliamente debatida Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) núm. 245/1991, de 16 de diciembre que, en ejecución de la Sentencia del TEDH (en adelante, STEDH) en el caso *Barberá, Messegué y Jabardo* (o *Bultó*), declaró la nulidad de las decisiones judiciales impugnadas y ordenó la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se produjera la vulneración del art. 6.1 CEDH²⁷. Sin embargo y con fundamento en la doctrina de la “lesión actual de los derechos”, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) abandonó la posibilidad de recurrir al amparo constitucional como vía de ejecución a partir de las providencias de inadmisión de los recursos interpuestos con motivo de la STEDH en el asunto *Ruiz-Mateos*²⁸, lo que dicho sea de paso, resulta en todo punto comprensible. La generalización del uso del amparo constitucional con esta finalidad ejecutoria no supondría sino su propia desnaturalización, y ello al convertirse (si es que en la práctica y al menos en cierta medida, no lo ha hecho ya) en instrumento genérico de revisión de lo resuelto por la jurisdicción ordinaria. De este modo, con la excepción del caso *Bultó*, lo habitual ha sido el recurso a otros mecanismos procesales cuya configuración, sin embargo, no tardó en evidenciar su inviabilidad a los efectos perseguidos²⁹.

Así, por ejemplo, el recurso de anulación del art. 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) ha sido tradicionalmente considerado inviable para dotar de plena eficacia a las sentencias de condena del TEDH en tanto que impracticable frente a resoluciones con efecto de cosa juzgada³⁰. Por su parte, las objeciones al uso del incidente de nulidad de actuaciones, antes y después de la polémica Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC (LO 6/2007), eran y son previsibles y fundadas.

El incidente de nulidad del art. 241.1 LOPJ ha sido y sigue siendo un mecanismo extraordinario, entre cuyos motivos de interposición no se incluyó en ningún momento el de la existencia de una sentencia condenatoria del Tribunal de Estrasburgo. Además, con toda probabilidad, el demandante ante el TEDH ya habrá

²⁷ En esta Sentencia el TC sostuvo que el carácter declarativo de las sentencias del TEDH no implicaba la carencia de todo efecto interno, entendiendo que, aún desposeída de fuerza ejecutiva en nuestro país, la STEDH de 6 de diciembre de 1988 era vinculante para España en virtud de su carácter obligatorio y definitivo. El TC recurrió así al art. 10.2 CE para equiparar la violación del art. 6 CEDH con la del art. 24.1 CE. Entre muchos otros, Escobar Hernández (1992: 139-164) y Requejo Pagés (1992: 179-202).

²⁸ La STEDH en el asunto *Ruiz-Mateos*, de 23 de junio de 1993, condenó a España por vulneración del derecho a un proceso equitativo en su vertiente del derecho a la igualdad de armas. El demandante interpuso sendos recursos de amparo que fueron inadmitidos mediante dos providencias de enero de 1994. El primero de ellos, por su manifiesta falta de relación con la decisión del TEDH (ponía en cuestión la sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad promovido contra el Decreto-Ley Rumasa, que no había sido juzgado en Estrasburgo) y el segundo, que cuestionaba el procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad porque, a diferencia de lo que ocurría en el caso *Bultó*, el demandante no se encontraba privado de libertad en ejecución de una sentencia contraria al CEDH. Además, el recurso de amparo iba dirigido contra una resolución del propio TC, estándose vedado a este el revisar sus propias sentencias, que gozan de efecto de cosa juzgada (art. 164.1 CE). Con posterioridad, el TC ha mostrado su rechazo al recurso al amparo constitucional como mecanismo de ejecución de sentencias del TEDH, entre otras, en sus Sentencias 96/2001, de 24 de abril; 313/2005, de 12 de diciembre; 197/2006, de 3 de julio y 70/2007, de 16 de abril. También en los Autos 129/2008, de 26 de mayo y 119/2010, de 4 de octubre.

²⁹ Sobre las posibles vías procesales para ejecutar en España las SSTEDH, Bujosa Vadell (1997: 150) y Gómez de la Escalera (1994: 499-511).

³⁰ En sentido contrario y a favor de una interpretación flexible y teleológica del concepto de “sentencia firme” a la luz del voto particular formulado por el magistrado Leguina Villa a la STC 245/1991 (De Juan Casadevall, 2005: 99).

interpuesto el referido incidente con carácter previo a la solicitud de amparo. La observación es pertinente sobre todo si atendemos al valor atribuido a este remedio excepcional tras la reforma del trámite de admisión del recurso de amparo operada por la referida LO 6/2007. Y todo ello sin olvidar su sometimiento a un plazo de prescripción que resulta a todas luces insuficiente, al menos si de lo que se trata es de defender su uso como instrumento ejecutorio de las resoluciones del TEDH³¹. Por ello es de obligada referencia el Auto del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 13 de mayo de 2013, dictado en el recurso de casación 4386/1998, en el que la Sala Tercera se manifestó favorable a la consideración de la existencia de una sentencia condenatoria del TEDH como causa de nulidad invocable a través del incidente de nulidad tras la reforma de su ámbito de aplicación aunque, eso sí, mientras no se llevaran a cabo las reformas procesales pertinentes³². En definitiva y al menos en opinión de la autora de estas líneas, esta posibilidad se abría como una respuesta desesperada a la pasividad del legislador frente a la evidente necesidad de articular un mecanismo procesal ejecutorio que dotara de plenos efectos internos a las sentencias condenatorias del TEDH. Respuesta que, por otro lado, no es de extrañar si se tiene en cuenta que no es la primera vez que el TS interpreta de forma extensiva la legislación procesal con objeto de dotar de cierta coherencia a nuestro ordenamiento frente a las compromisos internacionales asumidos con la ratificación del Convenio de Roma y la consecuente aceptación de la jurisdicción de Estrasburgo.

A pesar de su igualmente restringido ámbito de aplicación, el recurso de revisión ha sido la vía procesal más utilizada por los particulares para intentar dotar de eficacia interna a las sentencias del TEDH, y ello por tratarse de una acción impugnativa autónoma que puede dejar sin efecto un estado jurídico asentado, abriendo así la posibilidad de un nuevo juicio. El recurso de revisión es un remedio procesal excepcional que faculta a quien perdió el litigio para solicitar, por ciertas causas específicas y tasadas, la reapertura de un proceso anterior ya terminado por sentencia firme. Los motivos de la revisión civil en el ordenamiento jurídico español se han referido tradicionalmente a distintos supuestos con los que se pone de manifiesto que los hechos determinantes de la tutela otorgada se introdujeron en el proceso con falsedad, que la parte no pudo acreditar su pretensión por no disponer de los documentos por causa de fuerza mayor o por obra adversa o, finalmente, cuando la sentencia se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. Por su parte, en el orden penal la revisión se ha conformado como la última garantía ofrecida a la justificada inocencia de quien fue considerado responsable de infracción criminal (STC 70/2007, de 16 de abril). Una garantía que tras la incorporación en nuestro ordenamiento del incidente de nulidad de actuaciones, solo resultaría viable en caso de que la nulidad alegada pudiera incardinarse en alguno de los motivos previstos en el ahora reformado art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). No obstante, como ya se ha advertido, el elenco tasado de motivos de revisión no ha impedido el recurso a este mecanismo por quien se ha visto afectado en sus derechos por una actuación judicial, cuando dicha vulneración ha sido constatada por el TEDH. Veamos algún ejemplo.

En su Sentencia en el asunto *Castillo Algar*, de 28 de octubre de 1998, el TEDH condenó a España por violación del derecho a un juez imparcial. Frente a la misma, el Sr. Algar, que ya había cumplido su condena privativa de libertad, interpuso recurso de amparo. Este fue inadmitido precisamente por ausencia de lesión actual, pero el demandante de amparo interpuso entonces recurso de revisión

³¹ Cfr. García de Enterría (2004: 177-178) y Zapatero (2010: 65-84).

³² Sobre este Auto, Tenorio (2013: 123-168).

frente a la Sentencia del TS que había desestimado su previo recurso de casación. En Sentencia de 27 de enero de 2000, el TS desestimó el recurso advirtiendo sobre la inexistencia de previsión legal en España que permitiera a los jueces y tribunales domésticos la revisión de sentencias penales en respuesta a una condena procedente de Estrasburgo. Esta argumentación fue refrendada por el TC en su Sentencia núm. 96/2001, de 24 de abril, que resolvió el posterior recurso de amparo que el Sr. Algar fundamentó en una presunta vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva con origen en la denegación del referido recurso de revisión. Obsérvese, sin embargo, que el recurso de revisión, aunque desestimado, fue admitido³³.

El TS se ha mostrado generalmente escéptico frente a la posibilidad de considerar como hecho nuevo una sentencia condenatoria del TEDH. Pero también se han dado excepciones. Fue el caso, por ejemplo, de su Sentencia de 24 de abril de 2004 en relación con la STEDH en el asunto *Prado Bugallo*, de 18 de febrero de 2003³⁴. Y resulta relevante, además, que esta posibilidad de reconocer como hecho nuevo las sentencias condenatorias del Tribunal de Estrasburgo fuera posteriormente acogida, aunque no por unanimidad, por el propio TC en sus Sentencias 240/2005, de 10 de octubre y 197/2006, de 3 de julio³⁵. En la primera, dictada en relación con la STEDH en el asunto *Riera Blume*, de 14 de octubre de 1999, el Alto Tribunal español declaró que la exclusión como hecho nuevo del art. 954.4 LECrim de las sentencias condenatorias procedentes de Estrasburgo se oponía al principio de interpretación *pro actione* en tanto que una aplicación de la LECrim en este sentido daría lugar a una decisión de inadmisión que, por su excesiva rigurosidad y formalismo, revelaría una clara desproporción entre los fines que persiguen las causas de inadmisión (seguridad jurídica en relación con las sentencias firmes) y los intereses que se sacrifican³⁶. Esta doctrina fue citada en la posterior STC 197/2006, relativa a la STEDH en el asunto *Fuentes Bobo*, de 29 de febrero de 2000. Sin embargo, en esta última Sentencia el Alto Tribunal español advirtió sobre las mayores dificultades para proceder a la ejecución por la vía del recurso de revisión en el orden social, dada la imposibilidad de considerar las sentencias de Estrasburgo como documentos recobrados³⁷.

³³ Sobre esta Sentencia, Peiteado Mariscal (2013: 187-221).

³⁴ En su Sentencia en el asunto *Prado Bugallo c. España*, el TEDH declaró la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, quien había sido condenado por un delito de narcotráfico. Aunque rechazó su demanda de revisión, el TS admitió que las sentencias condenatorias del TEDH podían, ser consideradas eventualmente como hechos nuevos y, por tanto, instar la reapertura de procedimientos internos en aplicación del art. 954 LECrim.

³⁵ Cfr. votos particulares de los magistrados Rodríguez Zapata y Pérez Tremps formulados, respectivamente, a las SSTC 240/2005, de 10 de octubre y 197/2006, de 3 de julio.

³⁶ Una posición favorable a esta interpretación puede verse en Blasco Lozano (2008: 370-371). □

³⁷ La STEDH de 29 de febrero de 2000 declaró que el despido disciplinario del Sr. Fuentes Bobo había vulnerado el art. 10 CEDH y otorgó al demandante una compensación económica en concepto de daños materiales y morales. La víctima formuló un incidente de ejecución de sentencia ante el Juzgado de lo Social núm.4 de Madrid, el cual decidió no despachar la cuestión por Auto de 25 de julio de 2000. Acto seguido, el Sr. Fuentes Bobo interpuso recurso de revisión ante la Sala de lo Social del TS para solicitar la revisión de la sentencia del TSJ de Madrid, que había declarado la procedencia de su despido. La Sala de lo Social del TS desestimó el recurso de revisión por Sentencia de 20 de noviembre de 2001, contra la que se interpuso recurso de amparo. El TC, en su Sentencia núm. 197/2006, de 3 de julio, negó la existencia de una lesión actual del derecho a la libertad de expresión y de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE), argumentando a este último respecto que el TS no solo no había inadmitido el recurso de revisión, sino que había motivado su decisión desestimatoria. Debe recordarse que mientras que en el orden penal la admisión del recurso de revisión puede tener lugar cuando sobrevengan nuevos hechos que evidencien la inocencia del condenado, en el laboral tal recurso cabrá cuando se recobrasen documentos decisivos detenidos por fuerza mayor o por obra de parte.

El TC ha considerado el recurso de revisión como posible mecanismo de ejecución de las condenas del TEDH, y así lo confirmó el Ejecutivo español en sus informes relativos a las Sentencias en los asuntos *Gómez de Liaño y Botella*, de 22 de octubre de 2008, *Gurguchani*, de 15 de marzo de 2010 y *Cardona y Serrat*, de 26 de enero de 2011, en los que se refirió a dicho mecanismo como una alternativa transitoria hasta la correspondiente modificación legislativa³⁸. La inclusión de un motivo expreso para la revisión de procesos internos en respuesta a una sentencia condenatoria procedente de Estrasburgo resultaba, en definitiva, sino imprescindible, al menos sí conveniente³⁹. Y así pareció entenderlo la Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de LOPJ y de Ley de Demarcación y de Planta Judicial, creada por Resolución de 8 de marzo de 2012 de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia.

2.2. Esperanzadoras certezas de un futuro más presente que lejano

La referida Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de LOPJ y de Ley de Demarcación y de Planta Judicial, propuso la incorporación de un nuevo artículo en la LOPJ en el que se incluyera la concurrencia de una sentencia condenatoria del TEDH contra el Estado español como motivo expreso de revisión de la sentencia firme dictada por el correspondiente tribunal nacional en el proceso *a quo*. Pero la Comisión advertía de la inclusión de una muy relevante precaución en la Exposición de Motivos: la revisión quedaría abierta únicamente para la sentencia firme dictada en el caso que luego hubiera sido examinado por el TEDH. Es decir, en el nuevo art. 5.2 LOPJ se excluía la viabilidad de la revisión para la reapertura de procedimientos internos distintos de aquellos que hubieran dado origen a la concreta sentencia de condena del Tribunal de Estrasburgo.

El 4 de abril de 2014 el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, aprobó el Anteproyecto de reforma de la LOPJ, que designaba al TS como jurisdicción competente para resolver el recurso de revisión interpuesto en cumplimiento de las sentencias condenatorias del TEDH. Y el 27 de junio de ese mismo año, el Consejo General del Poder Judicial aprobó por mayoría su informe⁴⁰, en el que se advertía que la regulación propuesta para la ejecución de las resoluciones de Estrasburgo no solo acogía la doctrina constitucional relativa a los requisitos exigidos para reparar la vulneración de derechos declarada en el procedimiento europeo, sino que la ampliaba al no limitarse al ámbito penal y desechar la exigencia de la lesión actual, permitiendo así al recurso de amparo cumplir con su función subsidiaria respecto de la protección de derechos por los órganos de la jurisdicción ordinaria (apdo. 39)⁴¹.

Unos meses después, el 21 de octubre de 2014, la Sala de lo Penal del TS acordó por unanimidad que en tanto no existiera en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para dotar de plena eficacia interna a las sentencias condenatorias del TEDH, sería aplicable el recurso de revisión del art. 954 LEcrim. Como resultado de este Acuerdo, dos Autos de la Sala de lo Penal, de 27 de octubre y de 5 de noviembre de 2014, admitieron dos recursos de revisión en

³⁸ Resoluciones ResDH(2005)94 y ResDH(2005)95, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

³⁹ En este sentido, Fernández Sánchez (1990: 121-137) y Liñán Nogueras (1985: 355-376).

⁴⁰ El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LOPJ, fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 6 de marzo de 2015.

⁴¹ Este Informe se encuentra disponible en la dirección electrónica: http://www.poderjudicial.es/cpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_del_Poder_Judicial (fecha de consulta: 15 de enero de 2016).

respuesta a la existencia de una sentencia condenatoria del TEDH⁴². Pero aquella previsión legal fue incorporada en el art. 23 del Anteproyecto de Ley orgánica de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, de 5 de diciembre de 2014. El Anteproyecto modificaba así el art. 954 LECrim en el sentido de facultar la solicitud de la revisión de sentencias firmes cuando el TEDH hubiera declarado la violación de alguno de los derechos del CEDH, pero exclusivamente respecto de la resolución judicial firme dictada por el correspondiente tribunal español en el proceso *a quo* y siempre que la violación hubiera sido “relevante o determinante de la condena”, fuera actual y no pudiera ser reparada de ningún otro modo distinto a la reapertura del proceso.

Finalmente, la reciente Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (LO 7/2015), ha incorporado un nuevo art. 5 *bis* a la LOPJ, en virtud del cual se podrá interponer recurso de revisión ante el TS contra una resolución judicial firme en respuesta a una sentencia condenatoria del TEDH “siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”⁴³. Además, sus disposiciones finales segunda y cuarta han modificado, respectivamente, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM) y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), para adaptarlas a las nuevas disposiciones de la LOPJ relativas a la ejecución de las sentencias de Estrasburgo.

Concretamente, la Disposición final segunda de la LO 7/2015 modificó el art. 328 LOPM, que en su nuevo apartado segundo prevé la revisión penal como mecanismo de ejecución de las sentencias del TEDH. Por su parte, la Disposición final cuarta modifica los arts. 510 y 511 LEC. El segundo apartado del nuevo art. 510 LEC prevé la interposición del recurso de revisión a efectos de dar cumplimiento a una sentencia condenatoria del TEDH bajo las mismas condiciones establecidas por el nuevo art. 5 *bis* LOPJ, pero añadiendo que el recurso a la revisión solo será posible cuando ello no “pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”. Esta disposición es completada con la modificación del art. 511 LEC que, en materia de legitimación activa, advierte que la revisión solo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el TEDH.

A todo lo anterior debe añadirse la nueva redacción dada al art. 954.3 LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que abre formalmente la posibilidad del recurso a la revisión en el orden penal para dotar de plena eficacia a las resoluciones de Estrasburgo. En este caso no solo se limita la legitimación activa al demandante ante el TEDH, sino que la solicitud de revisión habrá de formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del Tribunal de Estrasburgo.

⁴² Sobre esta cuestión, Méndez Tojo (2015).

⁴³ El contenido de esta reforma ha sido precisado por el TS en sus Sentencias 330/2015, de 19 de mayo de 2015 (Sala de lo Penal, Rec. 20590/2014) y 4345/2015, de 23 de octubre (Sala de lo Penal, Rec. 20957/2014). En estas últimas resoluciones el TS advierte que el recurso a la revisión penal no supone una estimación automática de la demanda y la consecuente anulación de la sentencia del tribunal *a quo*, pues puede que la sentencia del TEDH no afecte a todo el proceso o que la declaración no se refiera a todas las pruebas, y que subsista material suficiente, independiente de la vulneración declarada, que autorice el mantenimiento de la condena, total o parcialmente.

3. Nuevas y viejas incertidumbres

El reconocimiento de la existencia de una sentencia condenatoria del TEDH como motivo expreso de revisión de resoluciones firmes constituye un avance significativo en el ordenamiento jurídico español en materia de protección de derechos. Sin embargo, y más allá de la posible desnaturalización de dicho recurso (tradicionalmente fundamentado en hechos injustos y no en infracciones jurídicas), los preceptos que en cada orden jurisdiccional dan cabida a las sentencias procedentes de Estrasburgo como motivo de revisión, no solo nos recuerdan algunas de las viejas críticas planteadas frente a su uso como mecanismo ejecutorio, sino que además suscitan otras nuevas⁴⁴.

Entre las primeras, parece evidente que el recurso de revisión no resulta viable cuando la sentencia condenatoria tenga su origen en una vulneración de derechos en el seno de un procedimiento ante el TC. Por tanto, el problema sigue siendo actual. ¿Resultaría entonces necesario proceder a una reforma de la LOTC que permitiera al Alto Tribunal español revisar sus sentencias a la luz de las condenas procedentes de Estrasburgo? Recuérdese que en su Auto 119/2010, de 4 de octubre, el Alto Tribunal español declaró que la ejecución interna de sentencias de órganos internacionales no es de su competencia y que no puede revocar sus propias resoluciones más que en virtud de lo dispuesto en la ley orgánica que rige su funcionamiento⁴⁵. Téngase en cuenta, además, que el recurso de amparo constitucional es un recurso efectivo que debe agotarse con carácter previo a la interposición de la demanda ante el TEDH. De este modo, en aquellos casos en los que la vulneración de derechos no hubiera tenido origen en un proceso constitucional pero la demanda de amparo hubiera sido inadmitida o desestimada, la sentencia del Tribunal de Estrasburgo estaría en cierto modo haciendo prevalecer su interpretación frente a la del TC. ¿Sería entonces conveniente abrir la vía del amparo frente a la resolución ejecutoria dictada en revisión? (Tenorio, 2013: 133-134). Quizás no esté demás recordar que la STC 155/2009, de 25 de junio, incluyó entre los motivos que permiten apreciar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo “un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE”.

Por otro lado, y siguiendo con las dudas tradicionalmente suscitadas por la articulación de un expreso mecanismo de ejecución, cabe plantearse si la revisión es factible frente a pronunciamientos de admisibilidad, y no solamente frente a resoluciones judiciales firmes sobre el fondo. Es decir, para la ejecución de una STEDH que condene a las autoridades nacionales por una vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción, ¿se exigirá la admisión del recurso inicialmente inadmitido o será suficiente con el pago de la satisfacción equitativa? ¿Sería en estos casos más oportuno proceder a un examen casuístico atendiendo a la

⁴⁴ Sobre la posible desnaturalización del recurso de revisión, Garberí Llobregat (2013).

⁴⁵ El FJ 2 del Auto 119/2010 recuerda que ya en su Sentencia 116/2006, de 24 de abril, el TC había declarado que “la discusión sobre la ejecución interna de las resoluciones de los organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos -y, en concreto, sobre las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Dictámenes del Comité de Naciones Unidas- es una cuestión ajena a la competencia y jurisdicción de este Tribunal” (FJ 4), y ello aun cuando la violación del CEDH se haya producido específicamente en el seno de un proceso constitucional, pues el Tribunal Constitucional, sujeto únicamente a la CE y a la LOTC (art. 1.1 LOTC), no puede revocar sus providencias de inadmisión de recursos de amparo más que en virtud de las previsiones explícitas y específicas existentes en la LOTC sobre los medios impugnatorios frente a sus resoluciones, sin que sea posible -como se ha dicho en el reciente ATC 46/2010, de 14 de abril- entrar a debatir siquiera la aplicación de reglas extrañas a la misma”.

pretensión impugnatoria inadmitida y a las quejas sustantivas sustanciadas ante Estrasburgo? (Iurzun Montoro, 2013: 150-151).

En cuanto a las nuevas dudas planteadas por la específica redacción de las leyes procesales en los distintos órdenes jurisdiccionales, debe recordarse que la viabilidad del recurso de revisión exige que la vulneración del CEDH se traduzca en una lesión actual de los derechos en el mismo consagrado. Es decir, se repite aquí para el recurso de revisión la doctrina del TC que condicionaba la viabilidad del amparo constitucional como mecanismo de ejecución de las sentencias de Estrasburgo. Esta exigencia es conforme a la ya mencionada Recomendación (2000)2, del Comité de Ministros, al igual que lo es el hecho de que la reapertura no proceda de oficio, así como la exigencia de tener en cuenta los derechos de terceros. Sin embargo, esta conformidad no impide que se susciten ciertos recelos frente a las posibles consecuencias de estas opciones para la plena eficacia interna de las sentencias condenatorias del TEDH.

Por un lado, la doctrina de la lesión actual podría acabar por introducir, como consecuencia de su incuestionable indeterminación jurídica, un amplio margen de discrecionalidad entre los órganos con competencias de revisión a la hora de decidir sobre la admisibilidad del recurso. Por otro, objeto de reflexión debe ser también la proscripción de la revisión por infracción de doctrina jurisprudencial. Es decir, la reapertura del procedimiento interno solo puede ser instada por quien fue demandante de amparo europeo y, consecuentemente, hubiera sido destinatario de una concreta sentencia del TEDH, lo que nos permite plantearnos qué pasará entonces con los supuestos de demandas repetitivas. Este tipo de demandas pueden ser inadmitidas por un comité de tres jueces cuando exista doctrina consolidada del Tribunal de Estrasburgo, que puede venir determinada, recuérdese, por la concurrencia de un único pronunciamiento de la Gran Sala en un *leading case*. Además, las demandas concernientes a casos repetitivos que ya hayan sido tratados a través del mecanismo de las sentencias piloto ocupan el quinto puesto en el listado de las siete categorías que integran la política de prioridad consagrada en el Reglamento del TEDH desde junio de 2009. Por tanto, se corre el riesgo de que la revisión no pueda tener lugar porque no llegue el pronunciamiento del TEDH, o porque lo haga demasiado tarde. Y a este respecto tampoco puede perderse de vista la exigencia de la lesión actual para proceder a la reapertura. Piénsese, por ejemplo, en el ya mencionado caso *Del Río Prada*. Tras el Auto de la Audiencia Nacional se procedió a la excarcelación de otros condenados en aplicación de la referida "doctrina Parot" sin que para ello fuera necesario recurrir a mecanismo procesal interno de ningún tipo. Como ya vimos, así lo advertía la Audiencia Nacional en su Auto 61/2013, razón por la cual no ha faltado quien considere que la confirmación del recurso de revisión como cauce procesal para la ejecución de sentencias del TEDH en los términos apuntados, responde precisamente al intento de las autoridades nacionales de evitar que en el futuro puedan repetirse situaciones como la mencionada. En definitiva, los avances son incuestionables, pero las dudas nos exigen paciencia para valorar los resultados. El recurso al Derecho comparado puede ser, como en muchos otros casos, una herramienta valiosa para evitar incurrir en prácticas que puedan desmerecer los avances que, con la provisión del nuevo motivo de revisión de sentencias firmes, se han logrado para la imbricación de ambos sistemas de garantía.

Bibliografía

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA (2016), *Impact of the European Convention on Human Rights in States Parties: selected examples*, disponible en la dirección electrónica: <http://website->

- pace.net/documents/19838/419003/AS-JUR-INF-2016-04-EN.pdf/12d802b0-5f09-463f-8145-b084a095e895 (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).
- BLASCO LOZANO, I. (2008), "El Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En: RIPOL CARULLA, S. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., *España ante los Tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñati, IVAP, pp. 353-372.
- BUJOSA VADELL, L.M. (1997), *Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. (2003), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid.
- COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE LA REFORMA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. CONSEJO DE EUROPA (2015), Securing the long-term effectiveness of the supervisory mechanism of the European Convention on Human Rights (decisions taken at the 125th Session of the Committee of Ministers, 19 May 2015), disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/DH_GDR/DH-GDR\(2015\)004_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/DH_GDR/DH-GDR(2015)004_en.pdf) (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).
- COMITÉ DIRECTOR DE DERECHOS HUMANOS. CONSEJO DE EUROPA (2015a), Brussels Declaration adopted at the High-Level Conference on the "Implementation of the European Convention on Human Rights, Our Shared Responsibility", disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/gt-gdr-f/CDDH\(2015\)004-Dec-Bruxelles-en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/gt-gdr-f/CDDH(2015)004-Dec-Bruxelles-en.pdf) (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).
- COMITÉ DIRECTOR DE DERECHOS HUMANOS. CONSEJO DE EUROPA (2015b), CDDH Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH\(2015\)R84_Addendum%20I_EN_.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH(2015)R84_Addendum%20I_EN_.pdf) (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).
- CONSEJO DE EUROPA (2010), High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration (pdf), disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/interlaken_declarat ion_en.pdf (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).
- DE JUAN CASADEVALL, J. (2005), "La problemática ejecución de sentencias del TEDH en el Ordenamiento español", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 66, pp. 93-136.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (1992), "Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la Sentencia Bultó (Comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre)", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 19, núm. 1, pp. 139-164.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (1998), "La ejecución de sentencias y decisiones de Tribunales y Comités". En: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., y PASTOR PALOMAR, A. (Coord), *Los derechos humanos en la sociedad internacional del S. XXI*, Vol. 2, Madrid, Colección Escuela Diplomática, pp. 179-185.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A (1990), "La responsabilidad internacional de España en el llamado caso BULTÓ", *Revista Poder Judicial*, núm. 17, pp. 121-137.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2013), "La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Diario La Ley*, núm. 8178.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2004), "La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Stone Court Shipping, S.A. c. España y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. Una censura expresa de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al

- ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva", *Revista de Administración Pública*, núm. 163, pp. 169-195.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, J.J. (1994), "La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en supuestos de vulneración del convenio causados por resoluciones judiciales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, pp. 499-511.
- LAMBERT ABDELGAWAD, E. (2008), *The execution of judgements of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Editions du Conseil de l'Europe.
- LEACH, P. (2013), "No longer offering fine mantras to a parched child? The European Court's developing approach to remedies". En: FOLLESDAL, A., PETERS, B. y ULFSTEIN, G., *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context. Studies on Human Rights Conventions*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 142-180.
- LIÑÁN NOGUERAS, J.D. (1985), "Efectos de las sentencias del TEDH y derecho español", *Revista Española de Derecho Internacional XXXII*, núm. 2, pp. 355-376.
- LÓPEZ GUERRA, L.M. (2013), "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Convergencias y divergencias", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, pp. 139-158.
- MÉNDEZ TOJO, R. (2015), "La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿Una reforma legal necesaria?", *Diario La Ley*, núm. 8639, Ref. D-410.
- MONTESINOS PADILLA, C. (2013), "La evolución del TEDH: ¿Hacia donde se dirige el modelo convencional de tutela de los derechos humanos". En: QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 51-84.
- PALOMO DEL ARCO, A. (2006), "Revisión de sentencias firmes tras condena del TEDH", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XIX, pp. 321-352.
- PEITEADO MARISCAL, P. (2013), "Castillo Algar c. España (STEDH de 28 de octubre de 1998): el derecho a un juez imparcial". En: ALCÁCER GUIRAO, R., BELADIEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Conflictos y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, pp. 187-221.
- QUERALT JIMÉNEZ, A. (2008), *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid.
- REQUEJO PAGÉS, J.L. (1992), "La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91; 'Caso Bultó')", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, pp. 179-202.
- RIPOL CARULLA, S. (2007), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona.
- RODRÍGUEZ, A. (2001), *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.
- RUIZ ZAPATERO, G.G. (2010), "Revisión de decisiones judiciales firmes incompatibles con sentencias del TEDH y del TJUE", *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 6, pp. 65-84.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.A. (2014): "Acerca del papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la tentación de desacreditar al mensajero (a propósito de la STEDH (Gran Sala) en el asunto Del Río Prada c. España)", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, pp. 129-218.
- SALINAS ALCEGA, S. (2008), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el SXXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid.
- TEIJO GARCÍA, C. (2010), "Nueva vuelta de tuerca: perspectivas de reforma del

- sistema judicial de Estrasburgo tras la adopción de la Declaración de Interlaken y la entrada en vigor del Protocolo nº 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 55, pp. 87-104.
- TENORIO, P. (2013), "Derechos en serio, recurso de amparo, reordenación de la garantía judicial y reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", UNED. *Revista de Derecho Político*, núm. 88, pp. 123-168.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2014), Background paper, Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2014_ENG.pdf (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2012), High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Brighton Declaration (pdf), disponible en la siguiente dirección electrónica http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).
- UNIDAD DE PRENSA. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2015), Fichas por países. España (pdf), disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Spain_SPA.pdf (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).

Potenciamiento humano y dopaje genético¹

Human enhancement and genetic doping

Maria Cimmino

Università degli Studi di Napoli "Parthenope"
maria.cimmino@uniparthenope.it

Recibido / received: 30/11/2015

Aceptado / accepted: 15/02/2016

Resumen

La medicina y las nuevas tecnologías han revolucionado la vida humana en todas sus facetas temporales; en la actualidad, el bioderecho presta especial atención a los problemas de la genética, sobre todo al mejoramiento humano, (*enhancement*), como un posible resultado de la biotecnología. Este trabajo tiene por objeto reflexionar sobre los límites de esta técnica y verificar si algunos supuestos son incompatibles con el valor supremo de la dignidad humana y otros principios generales.

Palabras clave

Mejoramiento humano, dignidad humana, dopaje genético, juego limpio.

Abstract

Actually, *biolaw research is interested in studying the genetic, especially the problems related to the use of the biotechnological instruments for the human enhancement, thanks to the transfer of genetic material intended to modify human traits. However, there are many enhancement interventions, and it is very important to consider the normative questions raised by such prospects. This paper would like to verify the limits to the recent developments in medical genetics, in order to the law regulation and in the light of the general principles of the legal system order, as the human dignity. In same case, as the genetic doping, the enhancement seems contrary to the general principles of law and also of the sport law as the fair play principle.*

Keywords

Enhancement, human dignity, genetic doping, fair play.

SUMARIO. 1. Premisa. Salud humana y bienestar: ¿una cuestión genética? 2. La mejora del estado de salud: el *enhancement* 3. "Enhancement", dopaje genético y deporte. 4. Datos genéticos, bienes jurídicos y actos de disposición del propio cuerpo. 5.

¹ El presente trabajo es fruto de la investigación desarrollada en el seno del proyecto de investigación "Benessere della persona e servizi del tempo libero dal punto di vista del diritto", Bando di ricerca individuale D. R. 727/2015, Università degli studi di Napoli Parthenope. Ha sido traducido por Laura Bahamonde, de la Universidad Carlos III de Madrid.

Conclusiones: mejoramiento y dopaje genético, entre tutela de la dignidad humana y *fair play*.

1. Premisa. Salud humana y bienestar: ¿una cuestión genética?

La protección de la persona y la salvaguardia de los derechos inviolables del individuo constituyen el objeto común de las ciencias de la vida, como por ejemplo las ciencias sociales. En particular, la promoción del bienestar es una cuestión objeto de continuo debate entre expertos, científicos, técnicos y profesionales², requiriéndose en esta delicada materia un diálogo interdisciplinar al cual, el legislador, y más en general, las instituciones y los sujetos responsables que ostentan, según el ordenamiento jurídico, una posición de garantes de la persona humana, deben hacer referencia.

Es por ello que, gracias a la aportación de las ciencias de la vida, el concepto de salud y el contenido del correspondiente derecho³, no se entienden ya en términos estrictamente patológicos, de protección, identificándose, más bien, desde un punto de vista promocional, como un completo estado de bienestar psicofísico, y, en consecuencia, una aspiración humana ligada a la mejora de las propias condiciones. La investigación biomédica también ha conseguido resultados valiosos para la mejora de la calidad de vida más allá de la cura de enfermedades y se ha interesado por el uso farmacológico del material genético con fines terapéuticos⁴.

No menos importantes, son los desarrollos de la ingeniería genética y de la farmacogenómica, que en cuanto aplicables a la vida humana, han llevado a hipotetizar la admisibilidad de una llamada eugenésia, y más en general, a reflexionar sobre la admisibilidad del *enhancement* (Palazzani, 2015; Bostrom y Savulescu, 2009), es decir, de un mejoramiento del hombre, susceptible de obtenerse a través de técnicas no calificables como terapias, ya que están dirigidas a individuos sanos, orientadas –a través de intervenciones artificiales sobre el cuerpo humano- a una mejora no sólo de su estado de salud sino más en general de sus condiciones psicofísicas.

En la literatura científica (Kampowski y Moltisanti, 2011; Fukuyama, 2002) el término se usa en diversas acepciones, hecho que muestra que no ha sido fácil

² El debate en torno al contenido del derecho a la salud y sobre el alcance de su previsión constitucional, se abrió en los años 70 y 80 del siglo pasado, en el momento en que se estaba formando la jurisprudencia del llamado *daño biológico*, con la famosa sentencia del 14 de julio de 1986, con la que la Corte Constitucional precisaba que la norma del artículo 32 de la Constitución italiana no era una norma programática, esto es, no era susceptible de aplicación sino en presencia de leyes ordinarias que la realizasen, sino que era inmediatamente preceptiva. Lo que significaba –y significaba, incluso en ausencia de leyes puntuales, el juez, invocando directamente la previsión constitucional, puede, sin más, aplicarla directamente al caso concreto (Alpa, 1986: 534; Ponzanelli, 1986: 2053; Monateri, 1986: 2976; Pulvirenti, 1987: 392; Scalfi, 1986: 520). En este pronunciamiento la Corte Constitucional afrontó el tema de la relación entre las normas de los arts. 2 y 32 Const. con la norma del art. 2043 c.c. propugnando una lectura conforme a la Constitución del sistema de la responsabilidad civil como tutela de los derechos fundamentales de la persona. La Corte analizó además muy de cerca el concepto de daño a la salud como perjuicio en sí mismo, más que como pérdida.

³ El derecho a la salud se configura ahora como una situación jurídica de contenido complejo (como se puede evidenciar en el artículo 32 de la Constitución italiana) cuyo valor es de aprovechar, ya sea con relación a su dimensión individual o a la colectiva (Dalli Almiñana, 2015: 3 -31; Minni y Morrone, 2013: 1-12); Durante, 2011: 579-600; Lema Añón, 2010: 1-14).

⁴ Por terapia genética se entiende una tecnología médica en la cual el ADN es directamente utilizado como una sustancia farmacéutica, en la medida en que los genes –o fragmentos de éstos- son introducidos en el cuerpo humano con el objetivo de prevenir, tratar o curar una enfermedad. (Ferrari y Romeo, 2011: 497-507).

reconstruir su significado exacto. En efecto, de una inicial referencia a una mejora en términos cuantitativos ha pasado a significar también aportaciones de tipo cualitativo, haciendo particularmente controvertida la distinción entre mejora y terapia. Por tanto, el progreso científico ha llevado a que los juristas se ocupen de los problemas del llamado bioderecho (Bin y Busatta, 2014: 5-8; Rendón, 2011: 1-21; García, 2010: 203-224), una materia de estudio nueva al tiempo que compleja, con contornos no del todo definidos, cuyos contenidos se han ido poco a poco delineando al tiempo que en el debate jurídico se abren paso nuevas cuestiones, relativas a la (tutela de la) vida humana y carentes, en todo o en parte, de una completa disciplina.

La doctrina en el ámbito biojurídico (Falcone, 2014: 209-242; Romeo Casabona, 2011: 249-260) se ha mostrado particularmente sensible a los temas de la genética orientada al llamado mejoramiento humano, sea por una cierta escasez de referencias legislativas, sea por las implicaciones vinculadas al posible uso del patrimonio genético más allá de contextos y finalidades puramente terapéuticas.

La genética (del griego γένεσις = génesis, origen) es la ciencia que estudia los genes, los caracteres hereditarios de los organismos vivos y los mecanismos de su transmisión y de su distribución en los diversos grupos de la población. Sus posibilidades de aplicación son seguramente (más) amplias, y al mismo tiempo, no del todo previsibles: de un lado, ésta pronostica enormes y ventajosas oportunidades; del otro, existe el riesgo, no abstracto, de causar daños a la persona, y también a la colectividad, debido a una utilización incorrecta de los datos genéticos.

El tema del mejoramiento humano -bien conocido por los estudiosos de la filosofía del derecho (Palazzani, 2015; Bellver Capella, 2012: 82-93; Buchanan, 2011: 145-162; Kampowski y Moltisanti, 2011; Bostrom y Savulescu, 2009; Miah, 2004)- evidencia, de hecho, también bajo un perfil iusprivatista (Faralli y Zullo, 2011: 511-520), en relación a la tutela de los derechos de la personalidad, en todas sus expresiones, no solo en conexión con la protección de la salud y la promoción del bienestar, sino también en relación a la necesidad de realizar eventualmente delicadas ponderaciones entre valores e intereses de igual rango constitucional, como por ejemplo, la dignidad humana, la autodeterminación personal y la libertad de investigación científica.

En este como en otros aspectos ligados a la bioética, típicamente sensibles, es difícil para el jurista no tener en cuenta, además de los estudios de las ciencias médicas y biomédicas, los aportes doctrinales de las neurociencias, de la ética y de la filosofía.

2. La mejora del estado de salud: el *enhancement*

Según el informe publicado con fecha 13 de marzo de 2013 por el Comité Italiano nacional de Bioética, por *enhancement* debe entenderse un *uso intencional de los conocimientos y tecnologías biomédicas para intervenciones sobre el cuerpo humano con la finalidad de modificar, en un sentido de mejorar y/o potenciar, el normal funcionamiento*.

Sobre el tema concerniente a las nuevas tecnologías, las ciencias de la vida han tenido un debate muy intenso, también a nivel internacional, desde el momento en que, según parte de la doctrina (Stanzione, 2010:1-15; Fukuyama, 2002), la (bio)tecnología habría de hecho puesto en discusión el significado atribuible al concepto "humano", el cual corre el riesgo de acercarse más a la idea de un

producto, que de mantenerse ligado a la idea del ser como entidad que debería evolucionar y desarrollarse según un principio biológico de naturaleza.

A la inversa, la literatura del otro lado del océano (Roco y Bainbridge, 2002), desde otra perspectiva, adopta hoy la expresión de “convergencia tecnológica” para designar el fenómeno de la progresiva y conjunta expansión de la investigación científica en diversos ámbitos de lo cognoscible, (nanociencias, nanotecnología, biotecnología y biomedicina -incluida la ingeniería genética-, la tecnología informática y las neurociencias), destinada a promover una nueva aproximación para el estudio y el conocimiento de la vida y del mundo que nos rodea, para comprender mejor la complejidad. Parece, sin embargo, que en esta idea de convergencia puede reconocerse un fundamento científico y filosófico del *enhancement*, admitiéndose en un sentido favorable una evolución ventajosa para el ser humano.

En una perspectiva más estrictamente jurídica, si bien es cierto que las *enhancement technologies* evocan la aspiración a conseguir, mantener y mejorar aquel estado de salud entendido en la ya mencionada acepción de completo estado de bienestar psicofísico⁵, es para cuestionarse si el potenciamiento puede entenderse como un nuevo modo de comprender (*rectius*: un acto de ejercicio del) el derecho a la salud, proponiéndose entonces como una práctica vinculada a un derecho humano (De Grazia, 2005: 261-283).

A esto añádase el hecho de que la expresión “derechos humanos” es una hendiádis cuyo significado no es fácil de reconstruir (Schiavello, 2010: 129-149; Cartabia, 2009: 537-568); y que si se acepta la tesis por la que los derechos humanos son aquellos que corresponden al hombre en cuanto tal, es decir, aquellos que tienen como presupuesto su naturaleza humana y su esencia (naturaleza), el potenciamiento podría ser entendido como una alteración del estado biológico del ser humano y por esta vía no admitido. A la inversa, se podría ver al *enhancement* como expresión de un instinto natural inmanente orientado al mantenimiento y mejora del estado de salud.

El tema presenta, por tanto, implicaciones muy complejas (Kirchner, 2011), tanto como delicadas. Lo que se confirma en el hecho de que incluso las instituciones nacionales y supranacionales se han ocupado de la cuestión. En particular, a partir de los trabajos de un comité especial instituido en el Parlamento Europeo, el *Scientific Technology Options Assessment*, ha surgido el problema de distinguir entre *enhancement* y terapia, y en esta óptica, se considera que al *enhancement* no terapéutico deberían ser re conducidas intervenciones de mejora “implantadas de manera fija en el cuerpo, las cuales comportan un cambio de funciones y capacidad en la biología humana y establecidas de manera irreversible”. No obstante, el mencionado intento de distinción no está exento de dudas, desde el

⁵ Desde 1946, la OMS, Agencia de Naciones Unidas especializada en materia sanitaria ha elaborado un concepto de salud como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social y no simplemente la ausencia de afecciones y enfermedades*”. Con la adopción de la “Carta de Ottawa” con ocasión de la primera “Conferencia internacional para la promoción de la salud” en 1986 se ha afirmado que “*La promoción de la salud es el proceso de capacitar a las personas para que aumenten el control sobre su salud, y para que la mejoren. Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social, un individuo o un grupo debe ser capaz de identificar y llevar a cabo unas aspiraciones, satisfacer unas necesidades y cambiar el entorno o adaptarse a él. La salud se contempla, pues, como un recurso para la vida cotidiana, no como el objetivo de la vida. La salud es un concepto positivo que enfatiza recursos sociales y personales, junto con capacidades físicas. Por tanto, la promoción de la salud no es simplemente responsabilidad del sector sanitario, sino que va más allá de los estilos de vida saludables para llegar al bienestar*”.

momento en que parece difícil delimitar los confines, sobre todo, en relación a los casos de terapias médicas que tienen como fin o resultado el potenciamiento.

Incluso nuestro Comité nacional de Bioética, ha señalado cómo la cuestión resulta bastante controvertida, evidenciando sustancialmente una contraposición entre “naturalistas”, quienes pretenden aportar una descripción científica objetiva de la distinción sobre la base de métodos estadísticos, y “normativistas”, según los cuales aquello que se entiende por “enfermedad” es fruto del contexto social y de los valores culturales que lo informan (Pagnini, 2010).

Por otra parte, si bien es cierto que es necesario preguntarse si existen límites dentro de los cuales el ordenamiento puede tutelar intereses similares en cuanto lícitos y dignos, en el caso del *enhancement* (potenciamiento), debe destacarse que el conjunto de prácticas reconducibles al concepto de potenciamiento es muy heterogéneo (Buchanan, 2011) y va del uso de sustancias químicas para la mejora del desempeño físico y cognitivo a las modificaciones genéticas, hasta la inclusión de intervenciones para el alargamiento de la vida.

De hecho, si bien con el término inglés “*enhancement*” se designan en sentido amplio todos los medios a disposición de la persona para mejorar su propio rendimiento (como el simple consumo de cafeína o de suplementos vitamínicos), en realidad, el debate sobre el llamado potenciamiento humano pretende en mayor medida focalizar la atención sobre las sofisticadas técnicas fruto de la investigación biomédica y de la nanotecnología.

Según los resultados del ya citado informe del Comité Nacional de Bioética italiano es necesario distinguir entre:

- a) *potenciamiento de capacidades o funciones existentes y creación de nuevas dotaciones orgánicas y mentales (como por ejemplo la posibilidad de leer el pensamiento de otros, de resistir a temperaturas muy elevadas, o viceversa, y similares);*
- b) *potenciamiento de capacidades o funciones transmisibles (por ejemplo, aquellas eventualmente obtenibles mediante intervenciones sobre las células germinales) y no transmisibles a los descendientes;*
- c) *potenciamiento de las capacidades humanas que quedan dentro de la normalidad estadística (por ejemplo, aquel orientado a mejorar el rendimiento de quienes que se encuentran en condiciones de desventaja “natural” respecto a la media).*

De todo esto se extrae, además, que es menester distinguir las prácticas de potenciamiento, es decir, las técnicas y métodos usados, de los efectos, que son el resultado del apropiado potenciamiento. Se ha afirmado (Bellver, 2012), de hecho, que esto puede incidir sobre las diversas capacidades del individuo, como las cognitivas, emocionales o físicas. Pero sus efectos dependen, de tanto en tanto, del tipo de capacidad sobre el que aquél está destinado a incidir, sobre la durabilidad en el tiempo de estos últimos y sobre las condiciones del sujeto interesado.

Sin embargo, esto no puede significar, y no significa ciertamente, aún a la luz de la idea de una convergencia tecnológica, que el derecho (en sentido objetivo) sea sordo al progreso tecnológico y a la evolución de la sociedad y las costumbres, incluso en relación al sentir común de la sociedad en un momento histórico dado. Es por ello que, según Pino (2003a: 237-274), la operación de adecuación de los

intérpretes ha contribuido a la elaboración de un derecho positivo, sensible a las nuevas instancias sociales surgidas con la mutación de las costumbres, así como el progreso económico y científico y tecnológico, de modo que se ha llegado a identificar (Bobbio, 2014; Rodotà, 1998; Giliberti, 2012; Pino, 2013c: 87-119)⁶, junto a la tradicional categoría de los derechos de primera y segunda generación, aquellos de tercera y luego aquellos otros de cuarta, en el ámbito de los cuales estarían comprendidos todos los derechos de la persona relacionados con el progreso tecnológico y de los cuales se ocupan recientemente la bioética y el bioderecho, también con referencia a la mejora de la calidad de vida y el bienestar.

3. “*Enhancement*”, dopaje genético y deporte

En este contexto, parece particularmente necesario promover una investigación interdisciplinar que satisfaga la exigencia de disponer de instrumentos científicos y jurídicos adecuados para establecer cuáles de estas prácticas deben ser eventualmente consideradas no merecedoras de tutela, por ser nocivas.

Prescindiendo, como ya se ha hecho anteriormente, de las cuestiones ligadas en sentido estricto a la terapia, un sector en el cual es posible tomar más concretamente las problemáticas apuntadas en este debate es el relativo a las diversas implicaciones del fenómeno deportivo⁷, donde los instrumentos orientados a mejorar el desempeño deportivo son desde hace tiempo usados en diversas modalidades y con diversos efectos.

Piénsese, en particular, en la hormona del crecimiento usada no con fines terapéuticos (por ejemplo, en niños afectados por un déficit en su desarrollo físico) sino más bien por individuos sanos, para mejorar el rendimiento deportivo, y por tanto, con efecto sustancialmente dopante. Como se ha señalado con autoridad, “la actividad deportiva está impregnada por un perpetuo esfuerzo de mejora”, y aún “el desempeño está vinculado a un fin con una estructura carente de un límite superior” (Di Nella, 2010: 19).

El deporte está por naturaleza asociado a la competición, al espíritu competitivo y, en consecuencia, en sus diversas manifestaciones, está orientado a la búsqueda de la victoria y a la continua mejora del resultado, objetivos todos ellos que sólo pueden ser alcanzados poniendo continuamente a prueba el cuerpo humano y los rendimientos psicofísicos del hombre, en una palabra, sus capacidades. Esto ha sido objeto de una valoración general sobre la necesidad de que sea tutelado por el ordenamiento jurídico, en cuanto reconocido como instrumento esencial propio de la promoción de la salud del individuo y antes incluso de la manifestación de la personalidad humana.

⁶ Los nuevos derechos de tercera y cuarta generación, surgidos mucho más tarde que la Declaración Universal de 1948, constituyen un largo elenco que sigue ampliándose y sobre el cual no existe todavía un consenso unánime. Aquellos de tercera generación, como el derecho a vivir en un ambiente no comprometido por el desarrollo económico incontrolado, han sido afirmados a partir de finales de los años 70 a raíz del empuje de los movimientos ecologistas. Los derechos de cuarta generación surgen como defensa contra los riesgos derivados de las últimas revoluciones científicas y tecnológicas, sobre todo, del impetuoso desarrollo de las biotecnologías, de la informática y de la telemática, y de los efectos perversos que en estos sectores pueden provocar los enormes intereses económicos en juego. Una nueva sensibilidad respecto de algunos derechos ha nacido de la reflexión bioética y se refleja en muy recientes documentos internacionales, como el Convenio Europeo de Bioética (1997) o la Declaración universal sobre los derechos del hombre y el genoma (ONU, 1998).

⁷ Es amplia la literatura sobre las relaciones entre dopaje y potenciamiento humano, en particular en la doctrina anglosajona véase Bostrom y Savulescu (2009) y Miah (2004).

En el ordenamiento jurídico italiano el fundamento constitucional de la actividad deportiva se ha reconocido en las normas de los artículos 2, 18 y 32 de la Constitución (Liotta y Santoro, 2013: 10 y 233); al mismo tiempo, en el ordenamiento jurídico deportivo para ponderar el componente competitivo, el calor y el ansia por el resultado⁸ que caracteriza la competición, ha sido positivizado el principio del *fair play* y del espíritu deportivo (Liotta, Santoro, 2013: 233) como garantía de la corrección y la lealtad en la competición.

Merece la pena también recordar que recientemente los Estados y la Unión han revalorizado la función social del deporte, con el objeto de promover otros aspectos de la práctica deportiva que no sean aquellos de la búsqueda de la victoria a cualquier precio, o los beneficios económicos, sino los que resalten la función educativa, de integración y de inclusión (Sanino y Verde, 2015).

Sin embargo, no escapa al intérprete que el ejercicio de la actividad deportiva esconde en alguna de sus manifestaciones evidentes contradicciones, que se revelan, por ejemplo, en los deportes violentos o en aquellos peligrosos, en el ejercicio de los cuales se pueden paradójicamente poner en peligro la vida y la integridad física del individuo.

Si en estos casos el ordenamiento ha conseguido imponerse en su tentativa de salvaguardar la licitud de las propias actividades deportivas, a través del recurso al esquema de las causas de justificación y aceptación del riesgo deportivo (Colantuoni, 2009: 336), utilizando por tanto el sistema de la responsabilidad civil (además de penal) como baluarte puesto a presidir la tutela de la integridad física del individuo, en otras hipótesis, sin embargo, las instituciones han adoptado normativas rigurosas *ad hoc*, orientadas a la represión de aquellas que son consideradas conductas propiamente fraudulentas.

Así, a nivel institucional y gubernativo, a través de los diversos instrumentos jurídicos, que van desde los actos legislativos a los códigos éticos, en el transcurso de los años, se ha activado una dura lucha contra el fenómeno del dopaje (Pérez, 2015: 183-191) –esto es, el uso de sustancias farmacológicamente activas con la finalidad de alterar los rendimientos físicos del atleta– sea a través de la puesta en marcha de un propio Programa Mundial (Liotta y Santoro, 2013: 248) que culmina el ordenamiento deportivo internacional, o con la adopción por parte de los Estados nacionales de leyes muy severas, como la italiana que lo pena como delito⁹.

⁸ En estos términos, la Sentencia de la Corte de Casación 1951, de 25 de febrero de 2000 (Responsabilità civile e previdenza, 2001: 33 y ss) sostiene que la “violencia deportiva” encuentra su causa de no punibilidad en el hecho de que las competiciones deportivas son “no sólo admitidas sino animadas, desde la ley y desde el Estado, por los efectos positivos que proyectan sobre las condiciones físicas de la población y por el armónico desarrollo de la entera comunidad”. De tal manera, el jugador que provoca lesiones a otro no será penalmente persegurable si “ha sido respetuoso con las reglas del juego, con el deber de lealtad en la confrontación con el adversario y con la integridad física de éste, porque en esta situación no puede decirse que se haya rebasado el llamado umbral del riesgo consentido”. El discurso es bien distinto y no admite justificación, será incluso “penalmente persegurable”, si la falta “se verifica en el curso de una acción de juego sin respeto por las reglas del juego y debido al ansia de resultado: entonces el hecho tendrá naturaleza culposa”. Una responsabilidad todavía más marcada “por dolo”, es aquella “reconocida en las faltas no inmediatamente encuadradas en la acción del juego, sino más dirigidas a intimidar al contrario (casi deplorables y por desgracia no infrecuentes sobre los campos de fútbol) o con la finalidad de castigar al adversario por una falta involuntaria repentina, la llamada falta de reacción, aún más frecuente”.

⁹ La normativa italiana antidopaje está contenida en la Ley de 14 de diciembre de 2000, número 376, “Disciplina de la tutela sanitaria de las actividades deportivas y de la lucha contra el dopaje”, la cual en el art. 6 prevé las consecuencias penales, de la conducta de consumo o suministro de sustancias dopantes, configurando, así un delito común de peligro.

Como es sabido, la propagación del dopaje obedece a la transformación del fenómeno deportivo: el deporte contemporáneo está ya menos ligado al espíritu no utilitarista de sus orígenes y está ya más condicionado, no sólo por motivos económicos sino por factores culturales, al fin último y “primordial” de la victoria (Atienza et al., 2014: 94-110), por tanto el ejercicio de la actividad deportiva, más que estar orientado al fin de la obtención de la excelencia física sería, en cambio, una estrategia y las sustancias dopantes supondrían unos instrumentos de esta estrategia.

Desde hace tiempo el fenómeno ha recibido la atención de la doctrina (Pérez, 2015b: 193-209; López, 2015; Atienza et. al, 2014: 94-110; Miah, 2004) –en el ámbito científico y jurídico, pero también en el plano filosófico y en particular en materia de la ética del deporte (Pérez, 2012)–, lo que ha evidenciado los cambios: de un dopaje natural se ha pasado al dopaje químico de primera generación, y a través del químico sistemático de segunda generación se ha llegado al bioteconológico, el cual se reconduce a la práctica dopante genética.

De hecho, no sólo las ciencias farmacológicas evolucionan rápidamente para poner a disposición del atleta y/o del deportista que quiera mejorar los propios rendimientos físicos nuevas sustancias y nuevos hallazgos, que por motivos obvios temporales no figuran todavía en las *prohibition lists*, que son periódica y constantemente actualizadas, sino que hoy la bioteconología está ofreciendo alternativas a los fármacos tradicionalmente dopantes con el dopaje genético, es decir, con la posible introducción en el cuerpo de los atletas de genes reproducidos biotecnológicamente para aumentar la masa muscular o el aporte de oxígeno (Murgia et al., 2014: 38; Henderson, 2010: 155; Zaccigna y Giacca, 2010: 55-78).

Se trata de aquello que el Código Wada contemplaba ya desde 2003 como “un método prohibido, definiéndolo como la utilización con fines no terapéuticos de genes, células y elementos genéticos para aumentar el rendimiento de los atletas sobre los cuales no es fácil la identificación de los hechos científicos” (Pérez, 2012: 192). El fenómeno del dopaje y aquella que podemos definir como la cuestión del dopaje genético (desde el momento en que sus bases científicas son muy controvertidas y discutidas en las ciencias biomédicas (Pérez, 2015a; Pérez, 2015b; Miah, 2004)) se insertan con toda autoridad en el debate en torno a la mejora y el potenciamiento humano.

Cabe destacar que, mientras desde el punto de vista del derecho positivo e incluso de las ciencias médicas (Pacifici, 2014: 161-165; Serpelloni, 2006; Reents, 2000) existe una apreciación negativa y desfavorable respecto al dopaje, sobre el plano ético-filosófico, pero también neurocientífico, se delinean posiciones contrapuestas y articuladas, al menos más críticas sobre la base del fundamento de la prohibición de las prácticas dopantes, ya sea en un sentido químico como genético.

Se ha observado, de hecho, *como en este debate, los propios especialistas semejan aceptar el hecho de que ninguno de los argumentos a favor o contra el dopaje es determinante en sí mismo. Pareciera que todos dicen algo importante o, mejor dicho, indican algunas líneas guía que merecen ser señaladas y consideradas; y ninguna línea es suficiente por sí misma para hacer definitivo un argumento (o para dar consistencia a una posición) a favor o en contra del dopaje* (Pigozzi, 2014: 83-84). Por tanto, siguiendo una lógica deconstrucciónista (Isidori, 2014: 52 -62), se sostiene que el concepto de dopaje no puede ser teórico, unívoco, no pudiéndose definir con certeza qué cosa es y si es perjudicial o no para el deporte.

Se pueden identificar, sea con diversificaciones internas, dos tendencias contrapuestas, una llamada bioconservadora, contraria a cualquier intervención artificial que esté destinada a alterar la naturaleza humana (Sebastián, 2014: 259-278) y la otra transhumanista, que no considera inoportuno que el deporte se pueda beneficiar de los resultados de las biotecnologías.

En particular, el primero justifica las prohibiciones en el daño a la esencia del deporte, el daño a la salud del atleta y el daño a la sociedad. De hecho, los detractores (Loland y Mcnamee, 2000: 63-80) reconocen que tal práctica altera la paridad de las condiciones que es el presupuesto imprescindible de la competición deportiva y por tanto perjudica en sí mismo al deporte, porque si todos los atletas no participan en una competición siguiendo la misma serie de reglas, es imposible determinar quién sea el vencedor. Se observa (Morgan, 2003:182-189), por tanto, que es oportuno distinguir la meta de la competición del medio. Si la meta es la victoria, el medio no puede ser otro que la búsqueda de la excelencia física, sin alteraciones.

En otras palabras, nos encontraríamos en presencia de una ayuda artificial, que además de representar una alteración del normal funcionamiento del cuerpo humano, sacrificando el talento del ser humano (Sandel, 2007)¹⁰, supondría graves riesgos para la salud de los atletas, así como consecuencias perjudiciales para la sociedad, en particular, poco instructivas para las jóvenes generaciones.

En esta perspectiva reconstructiva, la prohibición de prácticas dopantes tendría un fundamento ético, destinado a promover modelos de comportamiento en respuesta a valores bien nítidos, por los que vetar el dopaje es un deber no sólo médico, sino sobre todo "moral"; mientras que, bajo un perfil más estrictamente jurídico, las tesis contrarias parecen poder reconducirse al deber de los Estados y de las Instituciones de tutelar la salud de los individuos, que como se ha visto, a la luz de la normativa italiana es un derecho-deber¹¹.

Las tesis posibilistas abiertas, por así decir, son articuladas, argumentando cada una sus diversas aportaciones; por ejemplo, se considera que las ciencias médicas y las sociales adoptarían un punto de vista clasificatorio y sancionador falaz, fruto de una elección que revela toda la lógica económica que permea el mundo del deporte, llegando al extremo en que el atleta mismo terminaría por ser privado de su propio cuerpo, convirtiéndose en un cuerpo social; y por tanto, sin desconocer los efectos nocivos, llevaría a proponer la liberalización del dopaje (Kayser *et al.*, 2007), al menos en la medida de poder empezar un control del fenómeno y poder conseguir, se afirma de manera más contundente, el objetivo de tutelar la salud del atleta.

Particularmente interesante es pues, la posición de quienes, pidiendo no generalizar, tienden a mostrar un cierto *favor* hacia algunas prácticas biotecnológicas para la mejora, las cuales, para definirlas a tenor del lenguaje del jurista, serían idóneas para superar condiciones de dificultad, desequilibrio; se considera por tanto (Tamburini 2002: 119) que el dopaje tecnológico debe ser visto en la óptica de una mejora del individuo orientado a materializar aquellas

¹⁰ Sin embargo, se observa que no falta en la doctrina quien ha señalado cómo una cierta connotación de artificialidad permite distinguir al deporte en sí mismo, que a través del juego puede producir una abstracción de la realidad (López, 2015: 16).

¹¹ Esta perspectiva responde por otro lado a una lógica idealista que es la del juego limpio, principio inspirador del olimpismo moderno que ha tenido su mentor en el Barón De Coubertin y que todavía hoy es una de las bases de la Carta Olímpica.

condiciones de igualdad de oportunidades de las que a veces carecen, por ejemplo, aquellos que están afectados por defectos físicos, mentales o cognitivos; así el mejor rendimiento deportivo justificaría el recurso a métodos de mejora del ser humano. El dopaje así, más que como hecho contrario a la naturaleza humana¹² resultaría ser un instrumento que ayuda al hombre a superar los propios límites materializando el objetivo de ser “*citius, altius, fortius*”.

En definitiva, no falta quien (Gazzaniga, 2006) ha directamente conectado el dopaje a la autodeterminación del sujeto, subrayando cómo es el individuo quien escoge voluntaria y conscientemente una alternativa al sacrificio y a la dedicación, sugiriendo, un punto de reflexión acerca de la tendencia según la cual el derecho o principio de autodeterminación, históricamente surgido en el ámbito del derecho internacional y recibido en el debate jurídico privatista en el campo bioético, se presenta más como un “concepto transversal”, común ya a las “varias ramas de la experiencia jurídica” (Morandini, 2012: 89-125).

4. Datos genéticos, bienes jurídicos y actos de disposición del propio cuerpo

El fenómeno del dopaje nos demuestra que el potenciamiento humano, en particular fundado sobre la genética y sobre la biología, como todos los temas del bioderecho vinculados a la relación entre derecho y ciencia, requiere elecciones normativas difíciles, condicionadas no sólo por las reflexiones de orden ético-filosófico, sino también podríamos decir, hoy, de los resultados de las neurociencias.

No obstante, desde el punto de vista jurídico existen ulteriores implicaciones relevantes en discusión. Considerando, por ejemplo, que el dopaje genético usa las mismas técnicas que la terapia génica¹³, se pone de manifiesto la licitud del uso de los datos genéticos y los límites que se imponen a tales prácticas.

Por eso, parece que no se puede prescindir de una aproximación jurídico-constitucional en el debate, teniendo así en cuenta sobre todo el principio de primacía de la personalidad humana (Pino, 2003a: 237-274), que, además, en el ordenamiento jurídico italiano se manifiesta en la garantía constitucional de los derechos inviolables del individuo (así delimitados, por ejemplo, en el art. 2 de la Constitución republicana), y en la tutela del valor de la dignidad humana, en la relevancia constitucional de la tutela del derecho a la salud, entendido no sólo como derecho fundamental del individuo, sino también como interés de la colectividad, y en el derecho conexo a la integridad psicofísica, cuya protección está inspirada por el deber de solidaridad social, y en la tutela de la identidad personal del individuo.

Actualmente, en el derecho internacional y nacional¹⁴ se han tomado en consideración los datos genéticos en relación a la tutela del secreto con la finalidad

¹² Sobre este punto hay, de otra parte, que señalar, además, el concepto de naturaleza que se evoca como límite al dopaje, en particular genético, no es unívoco, se sugiere de hecho entenderla, de un lado, como una prueba física de superación de obstáculos, que no pueden ser modificados; del otro, en sentido biológico, y podríamos decir, estricto, en referencia al componente biofísico del ser humano, aquel por el cual cada hombre es tal y no transhumano (López, 2015:19).

¹³ En particular, los segmentos del ADN son aislados, y combinados con un vector de plásmido, se transfieren en una bacteria para que se multipliquen, así el ADN se recombinan como consecuencia de un proceso que permite obtener una molécula dada, la cual luego se transfiere en las células del organismo. Se considera que entre los genes más “útiles” a tal práctica está el gen que codifica la eritropoyetina, capaz de aumentar el hematocrito y el gen HGF-1, un factor del crecimiento, capaz de aumentar la masa muscular (Zacchigna y Giacca, 2010: 74).

¹⁴ Nuestro país ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos del hombre y de la dignidad humana en relación a las aplicaciones de la biología y de la medicina (el llamado Convenio de Oviedo), con la Ley 145/2001. Poniendo así las bases para que se introdujesen en nuestro ordenamiento, entre otros, la prohibición de discriminación sobre la base del patrimonio

de prevenir las discriminaciones¹⁵; la Carta de los Derechos de la Unión Europea, en relación a la cuestión específica del uso de los datos genéticos, proclama la regla del consentimiento libre e informado, la cual impone, entre otras, algunas estrictas prohibiciones, como aquella que se refiere a las prácticas eugenésicas, al voto a hacer del cuerpo humano y de sus partes una fuente de lucro, a la clonación reproductiva de los seres humanos (art. 3), así como a la prohibición específica de discriminación sobre la base de las características genéticas¹⁶.

Reflexionar sobre los espacios que es posible reconocer a las *enhancement technologies* y, en iguales términos, al interés en el potenciamiento humano, desde el punto de vista del derecho, requiere preguntarse, sobre todo, si el individuo puede libremente disponer del propio cuerpo, o qué relación existe entre la persona y el propio patrimonio genético.

En el ordenamiento jurídico italiano, en el derecho privado, el término patrimonio es usado en una acepción económica para significar el complejo de situaciones y relaciones de las cuales el sujeto es titular (en vida) y de las cuales puede además disponer *mortis causa*, por medio del testamento, para destinar la esencia de las mismas a los herederos. En cierto modo, esto evoca el derecho de propiedad, como poder de disponer, además de disfrutar, de los bienes de los cuales se es titular. De otro modo, se habla de patrimonio y patrimonialidad en relaciones respecto de todo aquello que es susceptible de valoración económica, tanto es así, que los derechos de la persona, inviolables o fundamentales, se definen como no patrimoniales.

Si de esta manera la lógica de la propiedad se anuda a los bienes en sentido económico, ¿qué principio debe informar la relación entre persona y patrimonio genético? El art. 810 c. c. define como bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos: ¿el patrimonio genético entra dentro del ámbito de aplicación de esta norma?

Según una primera reconstrucción¹⁷, debe distinguirse el material biológico (muestra) de los datos registrados en la muestra; el primero debería recaer bajo el régimen jurídico del derecho de propiedad, mientras que los datos personales, respecto de los cuales el material supone su sustento, deberían ser protegidos por la normativa sobre el secreto, o por la disciplina de los derechos de propiedad intelectual.

genético, así como la prohibición de test predictivos si no son con fines médicos o de investigación médica.

¹⁵ La Recomendación del Consejo de Europa nº R. (97) 5, prevé que son tales “todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados”; la Resolución del 16 de marzo de 1989 del Parlamento Europeo había comunicado a los Estados miembros a adoptar medidas normativas con el objetivo de evitar que en el mundo laboral y en el ámbito asegurador fuese posible una discriminación por razones genéticas. La disciplina de los datos genéticos en Italia subyace en la normativa de la tutela de los datos personales y sensibles, actualmente contenida en el Decreto Legislativo 196/2003, por el que se establece el Código en materia de protección de datos personales, en cuyo art. 90, titulado “Tratamiento de los datos genéticos y donantes de médula ósea”, se establece que “El tratamiento de los datos genéticos efectuado por cualquiera está consentido sólo en los casos previstos en la correspondiente autorización efectuada por el Garante oído el Ministro de la Salud, que obtiene para tal fin la opinión del Consejo Superior de Sanidad”.

¹⁶ Tal Carta ha ejercido una notable influencia sobre las decisiones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Di Mario, 2012: 327-340).

¹⁷ Sobre la cuestión ver Pacia (2014: 645-104).

Otra tendencia subraya¹⁸ cómo resulta difícil configurar en relación con el patrimonio genético el contenido del derecho de propiedad como poder de disfrutar y disponer libre y plenamente del bien, de excluir a terceros del ejercicio de tales poderes. Sería más adecuado configurar los materiales genéticos como bienes *extra-commercium*, no patrimoniales, no susceptibles de transferencia -cesión a título oneroso¹⁹.

El debate oscila entre dos posiciones o visiones de fondo, una de inspiración liberal individualista de matriz angloamericana, que hace prevalecer la lógica de la pertenencia y de la autodeterminación, confirmando la primacía de la voluntad del individuo en relación con los actos de disposición del propio cuerpo; la otra, de impronta solidaria, que pone el acento sobre la naturaleza indisponible de los derechos fundamentales de la persona, entre los cuales están el derecho a la salud y a la vida (Busnelli, 2000: 39).

Si las partes extraídas del cuerpo pudiesen adquirir con la separación la cualidad de *res nullius*, o ser consideradas objeto de propiedad (privada *tout court*, o intelectual) y eventualmente convertirse, como se ha dicho, desde la extracción en propiedad de otros a través de la *derelictio* o de un acto de altruismo, es necesario dar un paso atrás, poniendo la vista en el momento anterior a la escisión, porque en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio, el del art. 5 del Código Civil, que veta los actos de disposición del propio cuerpo cuando éstos están destinados a provocar una disminución permanente de la integridad psicofísica del individuo (Rossi, 2012: 216).

El reenvío a dicha norma es de particular relevancia no sólo porque su ámbito de aplicación no es de fácil delimitación, (al menos sin un apoyo de la ciencia médica, no es posible, de hecho, a priori establecer cuando una disminución sea permanente y por tanto gravemente lesiva de la integridad física del individuo), sino también en relación a la circunstancia de que la norma se entiende como expresión de un principio que prohíbe los actos de disposición con ánimo de lucro.

De hecho, nuestro ordenamiento los admite sólo a título solidario y nunca bajo retribución (piénsese en los trasplantes de órganos) y en consonancia se manifiesta también el Convenio de Bioética de Oviedo de 1997, el cual, tutelando la dignidad humana, establece que el cuerpo y sus partes, en cuanto tales, no deben ser fuente de beneficio.

Por tanto, aunque el uso de los datos genéticos pueda ser considerado no lesivo de manera permanente de la integridad física del individuo, lo cual queda por determinar, no se nos escapa cómo la eventual reprobación de la práctica deriva de la finalidad, por la cual ésta es susceptible de ser desarrollada, y que puede estar ligada a intereses económicos (como podría suceder en el ámbito del deporte, donde la victoria conlleva ventajas patrimoniales). Por otro lado, en una perspectiva interpretativa más amplia, se podría imaginar la extensión del concepto de acto de

¹⁸ Acerca del tema véase Resta (2011: 245).

¹⁹ En lo que respecta a las posiciones sostenidas por los sujetos institucionales implicados, cabe señalar que mientras los Comités éticos tienden a reconocer a los donantes la propiedad de los referidos materiales, el CNB ha considerado, en cambio, que la escisión de una parte del cuerpo equivaldría a una renuncia a la propiedad con la consiguiente libertad a favor del ente (de investigación), previo consentimiento informado del paciente, en atención al principio de solidaridad. Por último, no faltan tesis más originales según las cuales reconociéndose una especie de propiedad universal, el material genético, una vez eliminado, no pertenece ya al donante ni a los biobancos, sino que pasaría a ser *common*, es decir, patrimonio de la entera familia humana. Los biobancos son responsables de la gestión de tejidos y materiales biológicos, de la tutela del secreto, sobre el papel de tales sujetos. Sobre la cuestión, ver AA.VV (2012).

disposición del propio cuerpo incluso a los actos de consumo de sustancias farmacológicas orientadas a alterar el normal funcionamiento de las propias capacidades, y, por tanto, extender el límite que sobre la base del art. 5 del Código Civil italiano se ha creado para el dopaje fundado en técnicas genéticas, además, a las prácticas dopantes de tipo químico; en el fondo, se trata en todo caso de métodos que son el fruto de la evolución biotecnológica y que tienen por objeto el cuerpo humano.

5. Conclusiones: mejoramiento y dopaje genético, entre tutela de la dignidad humana y *fair play*

Si el debate doctrinal en materia de potenciamiento y mejoramiento requiere huir de las generalizaciones, (piénsese en las prácticas destinadas a favorecer a los sujetos en condiciones de desventaja), es cierto que, como ya se ha indicado, en las cuestiones bioéticas y de bioderecho están implicados intereses frecuentemente contradictorios y por tanto al legislador o al juez les espera una delicada tarea, la de la ponderación²⁰.

En una perspectiva que mantenga separado el aspecto moral del jurídico, se podría reconocer la primacía de la libertad de conciencia individual y por tanto de la autodeterminación personal y de la libertad de investigación científica, cuando éstas tengan como finalidad la mejora de la calidad de vida. Viceversa, según una visión solidaria, destinada a equilibrar y ponderar la función social de la tutela de la salud, la promoción de las actividades deportivas bajo la premisa de la personalidad humana, con la propia libertad de investigación científica, podría ser invocado el principio de precaución²¹, el cual, si bien reconoce la necesidad de promover la investigación orientada a la mejora de la calidad de vida, impone además adoptar elecciones responsables, que protejan del peligro de un control industrial o comercial del patrimonio humano y del sacrificio del principio y valor fundamental de la dignidad humana²², en la cual, la libertad de disponer del propio cuerpo por medio de actos que, aún no destinados a causar una disminución permanente de la integridad psicofísica, parece encontrar su propio límite (Di Ciommo, 2014: 179-185).

Respecto a este valor supremo, por el contrario, se puede justificar una normativa rigurosa que tutele, además de la salud, la propia identidad personal del individuo, que corre el riesgo de convertirse en un concepto líquido a través de la

²⁰ La ponderación opera en el caso concreto, pero está obligada, por efecto de la práctica y de las decisiones jurisprudenciales, a elaborar reglas tendencialmente estables y duraderas, que puedan asegurar “un cierto grado de predictibilidad de las decisiones judiciales”. Sobre la cuestión ver Del Prato (2010: 23-40) y Pino (2003b: 577-586).

²¹ El principio de precaución ha sido añadido con las reformas aportadas por el Tratado de Maastricht, entre los principios fundamentales de la política comunitaria en materia ambiental, junto al principio de prevención, el principio de corrección, preferentemente en la fuente de los daños causados al medio, y al principio de quien contamina paga (art. 174 del Tratado de la Comunidad Europea). Según la interpretación del Tribunal de Justicia y de la Comisión de las Comunidades Europeas, el principio enunciado en el art. 174 del Tratado, es un principio general del Derecho Comunitario, su aplicación no está limitada al Derecho Ambiental, sino que se extiende a otras materias de interés comunitario, en particular la tutela de la salud y de los consumidores. Condiciona en consecuencia los tres sectores de intervención de la investigación y de las aplicaciones biotecnológicas, como también confirman recientes directivas, que se inspiran en el principio de precaución y vinculan expresamente a los Estados miembros respecto a tal principio en la correspondiente disciplina de actuación. Es el caso por ejemplo de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la emisión deliberada en el medio de organismos genéticamente modificados. Sobre la cuestión ver Stanzione (2010: 1-15).

²² A tenor del art. 1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea adoptada en Niza en 2000, la dignidad humana es inviolable e debe ser respetada y tutelada. Sobre la cuestión ver Apa (2015); Furlan (2009).

utilización no controlada de la genética (Anzani, 2008: 207 -221). Por otra parte, el art. 1 de la Carta de Niza dice: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida", y transpone en consecuencia una tendencia consolidada acerca del reconocimiento de los principios generales y de las tradiciones constitucionales comunes en la Unión Europea, construcción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Scognamiglio, 2014: 67-93), y más en general, los principios establecidos anteriormente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo preámbulo puede considerarse fundado sobre el reconocimiento de un vínculo entre dignidad, libertad, igualdad, justicia y paz.

Si bien se observa por parte de la doctrina (Marin, 2007: 1-8; Gutiérrez, 2005; Gómez, 2005: 219-254; Peces Barba, 2002; Batista, 2006:3-20) lo difícil que resulta reconstruir una relevancia autónoma del concepto de dignidad humana que prescinda de la necesaria referencia a la tutela jurídico-constitucional de los derechos fundamentales, también la jurisprudencia parece partidaria del refuerzo de este argumento, reconociendo que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta particularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás²³.

Por otro lado, algunas de las leyes fundamentales de los Estados nacionales expresamente reconocen entre sus principios fundamentales el valor de la dignidad humana, como es el caso de la Constitución española, cuyo art. 10 dispone que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son connaturales y el libre desarrollo de la personalidad, unidos al respeto de la ley y de los derechos de los otros, son el fundamento del orden político y de la paz social, o el art. 1 de la Constitución de Portugal, que sitúa la dignidad de la persona humana y la voluntad popular como fundamento de la República soberana. Además, es de destacar, que la dignidad humana es la síntesis y la esencia del principio de primacía de la personalidad humana, y en tal sentido, viene reconocida como criterio de ponderación de valores, sin que ésta sea susceptible de restricciones por efecto de la búsqueda del equilibrio. Diríamos que ésta no sería el fruto de una ponderación, sino el mecanismo de ponderación en sí mismo (la balanza).

De ello deriva que, en ausencia de claras y puntuales referencias normativas, en una materia tan compleja, donde las diversas instancias jurídicas se entretejen con cuestiones de orden ético y filosófico, técnico, y científico, el propio recurso al criterio de la ponderación, encuentra límites, de un lado, en el principio de precaución, y del otro, en la salvaguardia de la dignidad humana. En estos términos, con mención específica al mejoramiento humano también en el ámbito del deporte, es imaginable un diálogo entre las ciencias de la vida, las Instituciones y los individuos, tanto los científicos como los ciudadanos o los hombres, o los deportistas, porque si es necesario impedir que el progreso se desarrolle sin reglas es también deseable que la aportación de la política no consista en un rechazo a cualquier decisión, en una renuncia a las elecciones normativas que las nuevas tecnologías reclaman, incluso con el fin de no manipular la valiosa realidad de la investigación en el ámbito genético que tantos resultados positivos y valiosos ha conseguido en el ámbito de la medicina.

²³ Sobre los problemas hermenéuticos e interpretativos en atención al significado de la dignidad humana y sobre la posible reconducción a la categoría de los principios o derechos fundamentales, a la luz de la Carta Constitucional, acúdase además para las referencias bibliográficas a (Baldini, 2013:1-10).

Desde el punto de vista del derecho deportivo, no puede dejar de señalarse que la Carta Olímpica establece: "Las sociedades y las asociaciones deportivas son sujetos del ordenamiento deportivo y deben ejercer con lealtad deportiva sus actividades, observando los principios, las normas y las costumbres deportivas, además de salvaguardando las funciones popular, educativa, social y cultural del deporte." Teniendo presente este principio, que desde siempre informa la organización del ordenamiento deportivo, la reglamentación de las disciplinas deportivas, el ejercicio de la actividad deportiva y el propio sistema de justicia, y que resulta ser la expresión del más general deber jurídico de buena fe y corrección, actualmente, y en ausencia de una regulación específica, el dopaje genético difícilmente puede ser considerado un fin práctico en sí mismo, como difícilmente se puede negar que éste realiza una alteración de las condiciones de igualdad en las cuales la competición debería desarrollarse, y que, en la medida en que oculta, supone un hecho fraudulento.

El *fair play*, como principio inmanente al ordenamiento deportivo, además de regla expresamente codificada en el código de comportamiento deportivo, opera como límite insuperable, y representa un *discrimen* entre las actividades que pueden ser calificadas como lícitas en cuanto conductas conformes al espíritu deportivo y antideportivo. El dopaje lesiona la imagen del deporte y la correlativa prohibición está dirigida a evitar que la búsqueda del éxito se convierta en un fin en sí mismo, que produzca daño a la salud del individuo y de los valores sociales del deporte, por otro lado, de reciente positivización en los actos normativos de la Unión Europea²⁴.

Se puede concluir afirmando que el dopaje genético no puede quedar amparado, porque viola el deber de solidaridad social *ex art. 2 Const.*, considerado fundamento de la aludida regla de la buena fe, al tiempo que no puede beneficiarse del balance positivo de apreciación con el que más arriba se ha reconocido la licitud de la práctica deportiva y la coincidencia entre los fines del deporte y del Estado.

Bibliografía

- AA.VV. (2012), "La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca". En: Casonato, C., Piocchi, y Veronesi, P, *Quaderni dell'Università degli studi di Trento*, Trento, Università degli Studi di Trento, pp. 1-353.
- ALPA, G. (1986), "Danno biológico. Questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, pp. 534 ss.
- ANZANI, G. (2008), "Identità personale e atti di disposizione della persona", *Nuove leggi civili commentate*, pp. 207 -221.
- APA, S. (2015), *Bioetica: diritti fondamentali e dignità umana in prospettiva comparata*, Vicalvi, Key.
- ATIENZA, E., LOPEZ, F. y PEREZ TRIVINO J.L. (2014), "El dopaje y el antidopaje en perspectiva histórica", *Material para la historia del deporte*, 12, pp. 94-110.
- BALDINI, V. (2013), "La dignità umana tra approcci teorici e esperienze interpretative", *Rivista A/C*, 2, pp.1-10.

²⁴ Teniendo en cuenta la globalidad del fenómeno deportivo, con la Resolución del Parlamento Europeo del 2 de febrero de 2012 sobre la dimensión europea del deporte, la Comisión Europea ha adoptado las líneas guía de la Unión para el desarrollo de una "dimensión" continental del fenómeno deportivo, con el objetivo de una "realización de los objetivos estratégicos de la Unión". Con esta resolución se ha confirmado la importancia del fenómeno deportivo desde el punto de vista pedagógico y cultural con el fin de la integración, con independencia del sexo, del origen étnico, de la religión, de la edad, de la nacionalidad, de las condiciones sociales o sexuales, sosteniendo que la actividad deportiva comporta ventajas difusas en el plano sanitario social, cultural y económico, en cuanto expresión de valores positivos como la corrección, el respeto y el *fair play*.

- BATISTA, J. (2006), "La dignidad de la persona en la constitución española: naturaleza jurídica y funciones", *Cuestiones constitucionales*, 14, pp.3-20.
- BELLVER CAPELLA, V. (2012), "El debate sobre el mejoramiento humano y la dignidad humana. Una crítica a Nick Bostrom", *Teoría y derecho*, 11, pp. 82-93.
- BIN R. y BUSATTA, L. (2014), "Il diritto e le scienze della vita", *Biolaw Journal*, 1, pp. 5-8.
- BOBBIO, N. (2014), *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- BOSTROM, N. y SAVULESCU, J. (2009), *Human Enhancement*, Oxford University Press, Oxford.
- BUCHANAN, A. (2011) "Cognitive enhancement and education", *Theory and Research in Education*, 9, 2, pp. 145-162.
- BUSNELLI, F.D. (2000), *Bioetica e diritto privato*, Giappichelli, Torino.
- CASABONA, C.M.R. (2011), "La tutela del genoma umano". En: RODOTÀ S., ZATTI P. (dirs.), CANESTRARI, S., FERRANDO, G., MAZZONI, C.M., RODOTÀ, S., ZATTI, P. (coords.), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè , pp. 249-260.
- CARTABIA, M. (2009), "L'universalità dei diritti umani nel quadro dei nuovi diritti", *Quaderni costituzionali*, pp. 537-568.
- COLANTUONI, L. (2009), *Diritto sportivo*, Giappichelli, Torino.
- DALLI ALMIÑANA, M. (2015), "Universalidad del derecho a la salud e igualdad material: desigualdades económicas y sociales y desigualdades en salud", *Revista de filosofía, derecho y política*, 22, pp. 3-31.
- DE GRAZIA, D. (2005), "Enhancement Technologies and Human Identity", *Journal of Medicine and Philosophy*, 30, pp. 261-283.
- DEL PRATO, E. (2010), "Ragionevolezza e bilanciamento", *Rivista di diritto civile*, 1, pp. 23-40.
- DI CIOMMO, F. (2014), "Il doping, profili di diritto civile", *Riv. it medicina legale*, 1, pp. 179-185
- DI MARIO, M. (2012), "L'incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione civile", *Rassegna giurisprudenziale*, 1, pp. 327-340.
- DI NELLA, L. (2010), "Lo sport. Profili metodologici". En: AA.Vv, *Manuale di diritto dello sport*, Torino, Giappichelli, pp. 13-64.
- DURANTE, V. (2011), "La salute come diritto della persona". En: RODOTÀ S., ZATTI P. (dirs.), CANESTRARI, S., FERRANDO, G., MAZZONI, C.M., RODOTÀ, S., ZATTI, P. (coords.), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè , pp. 579-600.
- FALCONE, A. (2014), "Tutela della salute e libertà di ricerca scientifica nelle nuove biotecnologie di sintesi in campo genetico. Dai brevetti biotech ai modelli open source", *Biolaw Journal*, 1, pp. 209-242.
- FARALLI, C. y ZULLO, S. (2011), "Terapia genica e diritti della persona". En: AA. Vv., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, dirigido por RODOTÀ S., ZATTI P., coordinado por CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P.,Milano, Giuffrè, pp. 511-520.
- FERRARI, S. y ROMEO, G. (2011) "La terapia genica". En: AA. VV., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, dirigido por RODOTÀ S., ZATTI P., coordinado por CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, Giuffrè, pp. 497-507.
- FUKUYAMA, F. (2002), *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*, Straus and Giroux, New York.
- FURLAN, E. (Ed.). (2009). *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo: Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, FrancoAngeli.
- GARCIA FERNANDEZ, D. (2010), "Una aproximación al bioderecho", *Anuario de Derechos Humanos*, 11, pp. 203-224.
- GAZZANIGA, M.S. (2006), *La mente etica*, Edizioni Codice, Torino.

- GILIBERTI G. (2012), *Introduzione storica ai diritti umani*, Giappichelli, Torino.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2005), "Dignidad y ordenamiento comunitario", *Revista de derecho constitucional europeo*, 4, pp. 219-254.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, J. (2005), *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid.
- HAAS, U. y BOCCUCCI D. (2015), "Il codice mondiale antidoping 2015", *Rivista di diritto sportivo CONI*, pp. 1-34.
- HENDERSON, M. (2010), *50 grandi idee di genetica*, Dedalo, Bari.
- ISIDORI, E. (2014), "Il doping nello sport tra diritto, etica ed educazione", *Rivista internazionale di diritto ed etica dello sport*, 1, pp. 52-62.
- KAMPOWSKI, S. y MOLTISANTI, D. (ed.) (2011), *Migliorare l'uomo? La sfida etica dell'enhancement*, Siena, Cantagalli.
- KAYSER, B., MAURON, A. y MIAH, A. (2007), "Current anti-doping policy: a critical appraisal", *BMC Medical Ethics*, 8, 2. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2015).
- KIRCHNER, S. (2011), *Multidimensional Origins of Biolaw and Bioethics and their Impact on Conceptions of Human Rights and Human Dignity. A european perspective*, Grin, Munich.
- LEMA AÑÓN, C. (2010), "El derecho a la salud: Concepto y Fundamento", *Papeles el tiempo de los derechos*, 12, pp.1-12.
- LOLAND, S. y MCNAMEE, M. (2000), "Fair Play and the Ethos of Sports: An Eclectic Philosophical Framework", *Journal of the Philosophy of Sport*, 27, pp. 63-80.
- LIOTTA, G. y SANTORO, L. (2013), *Lezioni di diritto sportivo*, Giuffrè, Milano.
- LOPEZ FRIA, J. (2015), *Mejora humana y dopaje, Una propuesta crítica*, Reus, Madrid.
- MARIN CASTAN, M.L. (2007), "La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales", *Revista de Bioética y Derecho*, 9, pp. 1-8.
- MIAH, A. (2004), *Genetically modified athletes: biomedical ethics, gene doping and sport*, Routledge, London and New York.
- MINNI, F. y MORRONE, A. (2013), "Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", *Rivista A/C*,3, pp. 1-12.
- MONATERI, P.G. (1986), "La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 e del danno biologico", *Foro italiano*, 12, pp. 2976-2988.
- MORANDINI, D. (2012), "L'origine moderna del principio di autodeterminazione. Riflessioni critiche sul pensiero politico di John Locke", *Tigor, Riv. sc. com.*, 2, pp. 89-125.
- MORGAN, L. (2003), "Enhancing Performance in Sports: What is Morally Permissible?", En: BOXILL, J., *Sports Ethics: An Anthology*, Oxford, Blackwell pp. 182-189.
- MURGIA, M., FORZINI, F. y AGOSTINI, T. (2014), *Migliorare le prestazioni sportive. Superare il doping con la psicologia sperimentale applicata al movimento*, Milano, pp. 1-160.
- PACIA, R. (2014), "Campione biologico e consenso informato, nella ricerca genetica, il possibile ruolo delle biobanche", *Jus civile*, 3, pp. 65-104.
- PACIFICI, R. (2014), Gli aspetti farmacotossicologici del doping, en *Riv. it medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, pp. 161-165.
- PALAZZANI, L. (2015), *Il potenziamento umano, Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappichelli, Torino.
- PECES BARBA, G. (2002), *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid.
- PEREZ TRIVINO, J.L. (2015a), "Doping", *Eunomia, revista en cultura de la legalidad*, 1, pp. 183-191.
- PEREZ TRIVINO, J.L. (2015b), "Deportistas tecnológicamente modificados y los desafíos al deporte", *Revista de Bioética y Derecho*, 3, pp. 193-209.

- PEREZ TRIVINO, J.L. (2013), *Ética y deporte*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- PIGOZZI, F. (2014), "Etica, sport e doping oggi", *Revista URBE et IUS* Buenos Aires, No. 27, pp. 83-84.
- PINO, G. (2013a), "Crisi dell'età dei diritti?", *Etica e Politica*, 1, pp. 87-119.
- PINO, G. (2003b), "Teoria e pratica del bilanciamento, tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della libertà personale", *Danno e responsabilità*, 6, pp. 577-586.
- PINO, G. (2003c), "Teorie e dottrine dei diritti della personalità", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, 1, pp. 237-273.
- PONZANELLI G. (1986), "La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute", *Foro italiano*, 1986, 9, pp. 2053-2068.
- PULVIRENTI, A. (1987), "Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico)", *Giurisprudenza italiana*, I, 1, pp. 396-409.
- RENDON LOPEZ, A. (2011), "El bioderecho como investigación interdisciplinaria: una risposta jurídica", *Revista amicus curiae*, pp. 1-21.
- RESTA, G. (2011), *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino.
- ROCO, M.C. y BAINBRIDGE, W.S. (2002), *Converging Technologies for Improving Human Performance. Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science*, National Science Foundation sponsored report, June Arlington, Virginia.
- ROSSI, S. (2012), "Corpo umano (atto di disposizione sul)", *Digesto discipline Privatistiche*, agg., VII, Torino, pp. 216-251.
- RODOTÀ, S. (1998), *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna.
- SANDEL, M. (2007), *Contra la perfección*, Marbot, Barcelona.
- SANINO, M. y VERDE, F. (2015), *Il diritto sportivo*, Cedam, Vicenza.
- SCALFI, G. (1986), "Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte costituzionale", *Responsabilità civile e previdenza*, pp. 534-541.
- SCHIAVELLO, A. (2010), "Diritti umani e pluralismo", *Ragion pratica*, 34, pp. 129-149.
- SCOGNAMIGLIO, C. (2014), "Dignità dell'uomo e tutela della personalità" ("Human dignity and protection of personalità"), *Giustizia civile*, 1, pp. 67 -93.
- SEBASTIAN SOLANES, R.F. (2014), "Tecnología genética y dopaje en la ética del deporte: Claudio M. Tamburrini y Robert L. Simon", *Diálogo filosófico*, No. 89, pp. 259-278.
- SERPELLONI, G. (2006), *Aspetti medici, nutrizionali, psicopedagogici, legali ed etici ed indicazioni per la prevenzione*, Verona.
- STANZIONE, M.G. (2013), "Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato", *Comparazione diritto civile*, pp. 1-15.
- STANZIONE, P. (2010), "Biodiritto, postumano e diritti fondamentali", *Comparazione diritto civile*, pp. 1 -15, disponible en la siguiente dirección electrónica: www.comparazionedirittocivile.it, (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2015)
- TAMBURRINI, C. M. (2002), "After doping what?, The morality of the genetic engineering of atleths", *Ethics in Sports*, Human Kinetics Champaign, pp. 285-297.
- VETTORI, N. (2015), "Sistema normativo aperto, rigore del metodo scientifico e diritto alla salute, il difficile ruolo di mediazione delle istituzioni pubbliche", *Biolaw Journal*, 1, pp. 61-85.
- ZACCHIGNA, S. y GIACCA, M. (2010), "Le manipolazioni genetiche nell'uomo", *Salute e società*, pp. 55-78.

Confianza

Trust

Cecilia Güemes

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

cecilia.guemes@cepc.es

Recibido / received: 01/09/2015

Aceptado / accepted: 02/02/2016

Resumen

Frente al creciente uso político y popular del término confianza, en este trabajo se propone dos objetivos. El primero es responder qué es la confianza, por qué se ha vuelto tan importante, qué naturaleza tiene y qué tipología se crean para analizarla. El segundo objetivo es indagar cómo se puede fomentar la confianza social. Dada su relevancia para la democracia, buen gobierno e imperio de la ley, resulta relevante conocer si el Estado puede promoverla y, en su caso, el rol que las políticas públicas tienen en el proceso de creación o desarrollo.

Palabras clave

Confianza, Instituciones, Estado y políticas públicas.

Abstract

Given the political and common use of term trust, this paper has two aims. First, it focuses on what trust is, why it has become important, what its nature is and the typology that scholars have outlined to analyse it. The second aim is to explain how to promote trust. Because trust is important for democracy, governance and rule of law, it is essential to understand the role that the State and public policies have in its creation or development.

Keywords

Trust, Institutions, State and Public policies.

SUMARIO. 1. Confianza, ese objeto de deseo. Pero, qué es y por qué es importante. 1.1. Capital social y confianza, conceptos hermanados. 1.2. La confianza, la cultura de la legalidad y el buen gobierno. 1.3. Naturaleza de la confianza. 1.4. Tipologías de confianza. 2. La creación de la confianza. El papel del Estado. 2.2. El rol de las políticas públicas. 3. Conclusiones.

1. Confianza, ese objeto de deseo. Pero, qué es y por qué es importante

1.1. Capital social y confianza, conceptos hermanados

El fenómeno de la confianza es tan esencial en la ciencia social que ésta puede ignorarlo como se ignora algo evidente o no hablar de otra cosa que de ello.

El interés que en los últimos tiempos ha suscitado la confianza está ligado en buena parte a la fama creciente de otro concepto que es el de capital social. Ambos conceptos, han sido criticados por constituir en una suerte de reciclaje de conceptos antiguos ya establecidos en la sociología, antropología y ciencia política (sociabilidad en Simmel, reciprocidad en Tönnies, integración y solidaridad en Durkheim, cohesión social y civismo en Tocqueville, acción social en Weber, reciprocidad de intercambios en Mauss, contratos diádicos en Foster, cultura cívica en Almond y Verba, etc.) (Bebbington, 2002, CEPAL, 2000, Portes y Landolt, 2000).

Sin embargo, su generalizado uso y difusión tienen la virtud de visibilizar en el debate político un conjunto de temas vinculados a la dimensión social de la existencia humana que se ha propuesto como la clave escondida del desarrollo, la democracia, la eficacia estatal, el bienestar y la felicidad social¹.

Se considera al capital social como un recurso social que se asienta en rasgos de la organización social como confianza, normas y redes y que pueden mejorar la eficiencia social facilitando acciones coordinadas (Putnam, 1993:167).

Entendida como un elemento nodal del capital social, la confianza adquiere protagonismo y atención para la ciencia política y la economía, en tanto es útil reduciendo la complejidad social y ofreciendo una solución al problema de interactuar con individuos sobre los que se carece de información (Welch *et al.*, 2005; Offe, 1999; Hardin, 1992; Sztompka, 2000; Torche y Valenzuela, 2001).

Luhmann (1996) sostiene que la confianza reduce la complejidad social en la medida que supera la información disponible y generaliza las expectativas de comportamiento reemplazando la insuficiente información por una seguridad internamente generalizada, lo cual, amplía las posibilidades de acción en el presente orientándose hacia un futuro que, aunque permanece incierto, se hace confiable.

Completando el argumento, Ostrom y Ahn (2003), sostienen que la expectativa de confianza es un factor clave que ayuda a los individuos a resolver sus problemas de acción colectiva y conduce a la cooperación voluntaria. Por ello, pese a que la confianza puede ser vista como una decisión bajo riesgo (quienes se enfrentan a la decisión de confiar no están seguros de que la otra persona será digna de confianza), las sociedades modernas son imposibles sin confianza social (Giddens, 1999; Herreros, 2002a)².

Ahora bien, ¿qué interés o vínculo tiene la confianza con la cultura de la legalidad? En el próximo apartado buscamos responder brevemente esta pregunta.

1.2. La confianza, la cultura de la legalidad y el buen gobierno

¿Cómo hacer que Moscú se vuelva Estocolmo o Palermo, Milán? ¿Cómo pasar de una sociedad atrapada en un círculo vicioso de equilibrio negativo donde reina la desconfianza, el fraude, la corrupción a una sociedad donde si bien existen estos problemas pero son mucho menores, masivos o severos? Estas preguntas que

¹ Sobre la importancia del capital social en el desarrollo económico, ver: Granovetter (1973), Coleman (2001), Knack y Keefer (1997), Ostrom y Ahn (2003), Trigilia (2003), Stiglitz *et. al* (2008) y Dearmon y Grier (2009). En torno a la relación entre capital social y democracia, ver: Putnam (1993), Boix y Postner (2000), Sides (1999), Herreros (2002b). Sobre los aportes del capital social al desempeño estatal, ver: Evans (1996), Taylor (1996), Mota y Subirats (2000). Sobre capital social, confianza y felicidad, ver: Hardin (1992) y Díaz-Vázquez *et. al* (2011).

² En clave de teoría de juegos y dilemas de acción colectiva se cree que la confianza jugaría un papel relevante en el dilema del prisionero iterado un número infinito de veces, cuando ninguno de los jugadores sabe cuál será la ronda final ni tampoco disponen de suficiente información (Herreros, 2002:105-109)

formula Rothstein (2000), sirven para ilustrar la relación circular que existe entre el sistema legal, la cultura de la legalidad y la confianza.

Si la confianza necesita de las instituciones legales para su desarrollo, también el sistema legal demanda de la confianza social e institucional para su correcto funcionamiento. Los tres ejes de la cultura de la legalidad (Villoria, 2010; Wences y Sauca, 2014) se cruzan con muchos de los contenidos que encontramos en los estudios sobre la confianza (Wences y Güemes, 2016).

Por un lado, la confianza necesita normas sociales que incentiven comportamientos colectivos, esto es: un sistema legal y un proceso judicial justos (buenas leyes, juicios imparciales y procesos transparentes) pero, por sobre todo, un sistema legal eficaz (*enforcement*) que genere previsibilidad (Bergman, 2009). En sociedades modernas y amplias, la confiabilidad entre sujetos anónimos es generada fundamentalmente por las amenazas creíbles de las acciones coactivas que emanan de normas legales o sociales. Las personas serán confiables debido a la probabilidad real de sanción y castigo que estipulan las normas para quienes defraudan la confianza. Así, la eficacia en el cumplimiento de las leyes y la cultura de la legalidad suelen estar relacionada y predecir altos niveles de confianza. En otras palabras, la confianza puede ser leída como un resultante de sistemas legales que funcionan (Rothstein, 2000, Rothstein y Stolle, 2002; Bergman, 2009; Newton y Norris, 2009, Herreros, 2008)

Por el otro lado, los sistemas legales necesitan de la confianza para mejorar su efectividad. Donde existen mayores niveles de confianza y capital social, la eficacia estatal y la legitimidad es mayor (Putnam, 1993). Una sociedad con mayores niveles de confianza social, es una sociedad donde los ciudadanos pueden organizarse mejor para plantear demandas a sus conciudadanos, donde se puede ejercer mejor la *accountability* a los gobernantes, donde la confianza institucional es más alta y la cooperación público-privada tienen más oportunidades de ocurrir (Herreros, 2002).

Boix y Posner (2000:173-176) sistematizan los aportes del capital social al buen gobierno en cuatro direcciones: 1) el capital social producirá mejor gobierno al convertir a los ciudadanos en “consumidores sofisticados de política”, facilitando la articulación de demandas, 2) el capital social tiene efecto en la capacidad cooperativa de los burócratas mejorando la calidad del gobierno, 3) el capital social puede fomentar la virtud cívica entre la ciudadanía a lo Tocqueville, modificando las preferencias meramente particularistas en actitudes más dirigidas a la comunidad, 4) el capital social facilita la cooperación y consenso entre elites. Dada la interrelación que existe entre Buen Gobierno, Cultura de la Legalidad y calidad democrática, los aportes sugeridos resultan de interés para pensar la confianza como factor relevante y o explicativo de la cultura de la legalidad.

Volviendo a la pregunta original de Rothstein, crear círculos virtuosos donde cohabiten la confianza social con sistemas legales eficientes, demanda un proceso estratégico que refuerce la efectividad de la ley pero también que cambie la cultura legal imperante y para ello las mentalidades de los sujetos sociales (García Villegas, 2010).

1.3. Naturaleza de la confianza

Sobre la naturaleza de la confianza, la literatura se divide a grandes rasgos en dos corrientes. La primera sostiene que la confianza es una creencia acerca de cómo esperamos que se comporten los otros y que refiere a las probabilidades que los otros tienen de hacer o abstenerse de hacer ciertas cosas que afectan nuestro

bienestar. Dicha creencia estaría asociada a valores, al optimismo, a la satisfacción con la vida o a cómo se visualiza el futuro (Luhmann, 1996:47; Offe, 1999; Uslaner, 2002; Frykman *et al.*, 2010).

Uslaner (2002) considera que la confianza moral no dependería de acuerdos básicos sobre ciertos puntos o principios filosóficos, no es una predicción sobre cómo se comportarán los otros sino una especie de creencia en la bondad de los otros. Para este autor, la confianza deriva de nuestros padres y primeros educadores y lo que sucede en nuestra vida adulta no la afecta mucho. La socialización, el asociacionismo y los gobiernos son incapaces de producir confianza.

Más optimista, Putnam (2000) cree que las experiencias de socialización secundaria que se desarrollan a lo largo de toda la vida, como la pertenencia o membresía en asociaciones, contribuyen a crear confianza en tanto inculcan valores cívicos y permiten el desarrollo de aprendizajes prácticos que refuerzan y ayudan a internalizar los anteriores valores.

Por último, Rothstein (2000) aborda a la confianza como una especie de creencia en la credibilidad de otros que deriva de la definición del “nosotros”, que está estrechamente ligada a las memorias históricas colectivas y a la cultura de la legalidad, *enforcement* y el *rule of law*.

En un sentido diverso, la segunda corriente doctrinaria, entiende a la confianza como una percepción racional que depende de la información a la que se tiene acceso y del contexto próximo de interacción (Herreros y Criado, 2001; Sztompka, 2000). Bajo esta perspectiva, la confianza social supone una evaluación o cálculo estratégico sobre los otros que incluye un análisis de las características contingentes de las personas en las que se confía, de sus preferencias, del contexto en el cual los sujetos interactúan y de las estructuras e instituciones que los rodean. Las señas y atajos cognitivos se vuelven sumamente relevantes en este contexto (Elster, 1990; Axelrod, 1986; Bowles y Gintis, 2001).

Quizá la definición más simple y elegante de este enfoque sea la de Hardin (1992:153) quien sostiene que A confía en B cuando tiene razones suficientes para creer que en los intereses de B está el ser razonablemente confiable. Así, la confianza de A no se basa en su propio interés sino en el interés que se supone tiene B de ser una persona confiable. Luego, el enfoque estructuralista de Coleman sobre el capital social (2001) destaca la importancia de la estructura social en tanto facilitadora de ciertas acciones de los individuos que están dentro de ella y sostiene que los sistemas de confianza son una relación entre actores donde el primero confía en el segundo y a su vez es depositario de la confianza del primero.

Por último, el texto de Khodyakov (2007) sugiere un tercer enfoque en el cual la confianza debe verse como un proceso que envuelve la responsabilidad de ambas partes, el compromiso de las mismas con la relación y la posibilidad de cambio social: la confianza supone anticipar que la otra parte se comportará con benevolencia y ello se resuelve en un proceso de anticipación imaginativa que va más allá de las percepciones racionales.

Atento a las dificultades que plantea en las situaciones reales diferenciar entre dimensiones cognitivas: racionales o emocionales, en este trabajo apostamos por una mirada sincrética. Consideramos a la confianza como una percepción sobre los otros y el contexto, que se construye en el marco de ciertas estructuras e

imaginarios sociales como subproducto de experiencias cotidianas, aprendizajes informales e información disponible (Güemes, 2016).

1.4. Tipologías de confianza

Habiendo esbozado su naturaleza, compete ahora caracterizarla según el objeto al que se refiere.

Tomando como referencia la precursora diferenciación de Granovetter (1973) entre lazos débiles y fuertes y la popular diferenciación de Putnam (2001) entre capital *bonding* y *bridging*, la confianza social se enfoca en los lazos débiles o de largo alcance que se desarrollan entre grupos y personas que carecen de conocimiento íntimo entre sí y que pueden tener distinta identidad y diferentes grados de poder sociopolítico. Analíticamente, se la distingue de la confianza singularizada, esto es: lazos fuertes que se gestan con la familia, amigos o miembros de una misma etnia en ambientes multiétnicos. También cabe diferenciarla de la confianza institucional o vertical, que refiere a la confianza en las instituciones sociales, sean estas gubernamentales (como el Congreso, Poder Judicial o policía) o no gubernamentales (como la Iglesia o los sindicatos) (Rothstein 2000; Levi, 1998).

El tipo de lazo que importa dependerá del contexto en el cual se reflexiona la confianza. Si se investigan las relaciones entre inmigrantes en ciudades industriales o suburbios, lo más decisivo serán los lazos fuertes en tanto apoyo y contención. Si lo que interesa es la cohesión social, la cultura de la legalidad o el potencial innovador y emprendedor de una sociedad, la confianza social será más relevante en tanto fomenta la cooperación entre actores desconocidos. Si lo que preocupa es fomentar la eficiencia de instituciones de gobierno mediante la participación ciudadana, la confianza vertical o institucional será la clave (Lin, 1999; de la Maza, 2001).

Dada la relevancia de la confianza para la democracia, el buen gobierno y el funcionamiento de las leyes, la pregunta que apremia es: ¿cómo fomentar la confianza allí donde no la hay?

2. La creación de la confianza. El papel del Estado

La imposibilidad de distinguir con claridad entre aquello que causa la confianza y lo que resulta de ella, conduce la mayoría de las veces a aproximaciones circulares de las variables en estudio. A la vez que la confianza se propone como un elemento que incentiva la acción colectiva, también sus niveles elevados se usan como indicador de sociedades exitosas, cohesionadas y activas (Güemes, 2011a).

A fin de distinguir con claridad los planteamientos de fomento de la confianza y el papel del Estado y las políticas públicas, subdividimos este punto en dos acápite. El primero, distingue entre dos enfoques de la literatura que sirven para ordenar las estrategias de aliento de la confianza: estructuralistas (sustentados en una lectura racionalista de la confianza), y culturalistas (quienes consideran la confianza como una creencia capaz de promoverse y estimularse). El segundo, se enfoca en un modelo más complejo que describe someramente los escenarios sobre los que actúan las políticas públicas y que afectan el desarrollo de la confianza.

2.1. Estructuralistas vs. culturalistas

Para quienes consideran a la confianza una creencia sobre la bondad/fiabilidad de los otros, que está asociada a ciertos valores y actitudes adquiridas a raíz de las experiencias y aprendizajes que se desarrollan principalmente en la infancia, las respuestas apuestan por la educación en la virtud. Mientras que quienes creen que

es una creencia que depende de experiencias de socialización a lo largo de toda la vida, consideran al asociacionismo como escuela democrática.

Para quienes la entienden como una percepción racional que depende de la información que se obtiene de las interacciones, del contexto próximo y de las percepciones que se construyen sobre quiénes son y cómo se comportan los “otros”, es más probable las explicaciones recurran a las estructuras e instituciones (Herreros y de Francisco, 2001; Güemes, 2013).

Así, las opciones culturalistas suelen centrarse en las experiencias socializadoras: prácticas tempranas o desarrolladas posteriormente que permiten ciertos principios se incorporen en el marco axiológico y cognitivo de las personas. Las recomendaciones para crear confianza son principalmente dos. La primera apuesta por el fomento del asociacionismo y/o trabajo voluntario como herramientas de mejora y fortalecimiento de la solidaridad social. Ello presupone que la interacción repetida entre sujetos es capaz de incrementar las redes sociales del individuo, eliminar prejuicios y desarrollar una mayor predisposición a la acción colectiva. En este caso, el Estado puede promover la participación en asociaciones subvencionando a los grupos mediante ayudas financieras o exenciones impositivas, facilitando locales públicos, institucionalizando asociaciones cuyos fines, objetivos y/o actividades sean de relevancia para el desarrollo económico o social (centros tecnológicos, estructuras públicas o semipúblicas de I+D), etc. (Putnam, 1993, 2001; Herreros y de Francisco, 2001; Cornejo, 2005)³.

La segunda vía de promoción de la confianza se orienta en la socialización informal, dirigiendo la mirada hacia espacios públicos como la escuela o el barrio. Dichos escenarios son relevantes para la confianza siempre que las relaciones entre los sujetos se den en condiciones de igualdad y sea posible el encuentro con los desiguales: sujetos de otras clases sociales o con diferencias culturales. La socialización en tales espacios conduciría a eliminar prejuicios y desarrollar un sentido del nosotros amplio y abarcativo que contribuiría al desarrollo de la confianza (Gradstein y Justman, 2000; Katzman, 2003, 2007).

En esta misma línea también se encuentran los tradicionales estudios sobre la escuela como generadora de virtud. La escuela es un excelente canal para la revalorización y difusión de valores colectivos y el refuerzo de códigos éticos y morales y conduce al desarrollo de símbolos unificadores que forjan sentimientos de identificación colectiva y refuerzan el sentido del “nosotros” (Almond y Verba, 1970; Linares, 2007; Rothstein, 2000).

Por su parte, las estrategias institucionalistas y estructuralistas apuestan a la transformación de las bases de interacción actuando a nivel de las oportunidades de los sujetos. Aquí, la literatura se enfoca en dos aspectos. El primero es la eficacia de la ley y el potencial de las instituciones para crear un marco de previsibilidad y seguridad jurídica que regule la convivencia social. Como destacábamos antes, en comunidades pequeñas el conocimiento personalizado y las normas sociales alcanzan para garantizar el cumplimiento de los acuerdos y la fiabilidad de los otros. Por el contrario, en sociedades extensas como las modernas la confiabilidad en los desconocidos es generada fundamentalmente por las amenazas creíbles de las acciones coactivas que emanan de normas legales o sociales. La confianza tiene

³ La bondad de las asociaciones como fuentes de virtud y confianza está sujeta a mucho escepticismo por buena parte de la literatura. Además, en sociedades polarizadas, el asociacionismo puede derivar en efectos perversos facilitando el *rent seeking*, haciendo *lobby* respecto a sus propios intereses o entrando en conflicto con otros intereses sociales organizados o la sociedad en general (Herreros y de Francisco, 2001; De la Maza, 2001; Sabatini, 2005)

sentido cuando las instituciones y el ordenamiento se estiman justos y respetables, se considera que la policía y los tribunales son capaces de identificar y sancionar a quienes violan la ley y defraudan la confianza, se genera previsibilidad y se reduce el riesgo de entablar relaciones con desconocidos (Bergman, 2009; Herreros y Criado, 2008; Levi, 1998; Rothstein y Stolle, 2002).

En pocas palabras, si la confianza gana terreno cuando los sujetos perciben existe una cultura de la legalidad, las políticas de transparencia, lucha contra la corrupción, acceso a la información pública, apertura de gobierno, participación ciudadana y rendición de cuentas son algunas líneas de intervención a favor de la confianza (Newton y Norris, 2000; Della Porta, 2000; Rothstein y Uslaner, 2005; Offe, 1999).

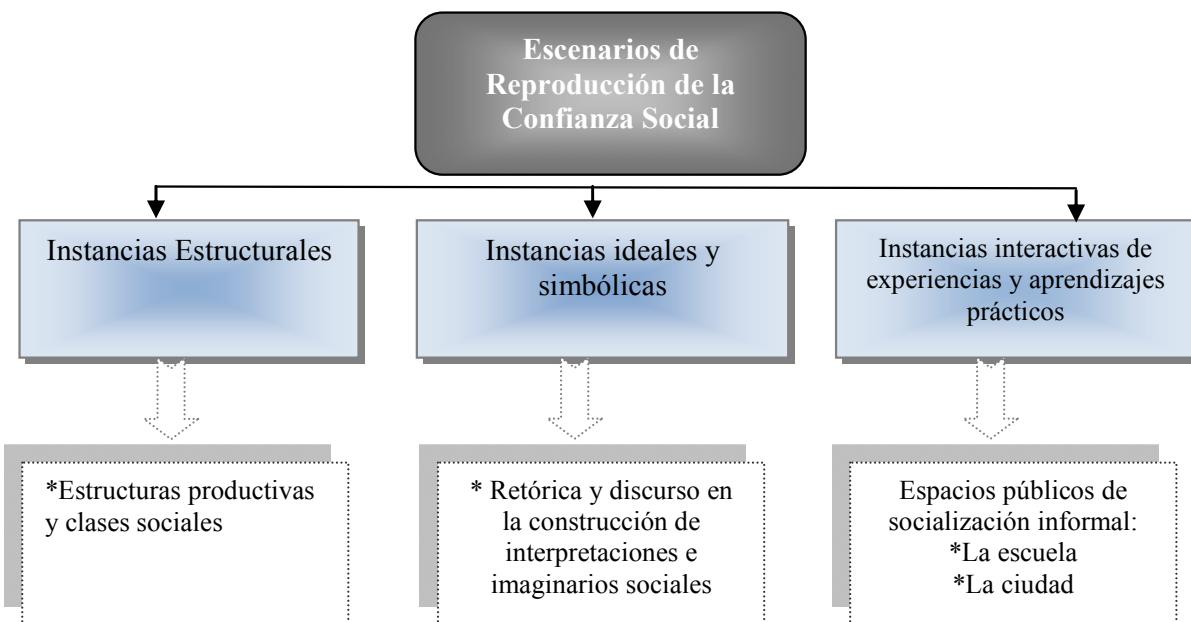
El segundo eje para potenciar la confianza sería la equidad, esto refiere tanto a la reducción de la desigualdad económica como a la creación de igualdad de oportunidades. Cuando el Estado invierte en mejorar la redistribución y socializar los riesgos individuales se contribuye al desarrollo de una identificación emocional con el colectivo social del que se forma parte, una especie de solidaridad y sentido de pertenencia. Por el contrario, en sociedades con amplias desigualdades económicas existe una sensación de injusticia e impotencia generalizada que conduce a los ciudadanos a creer que la mejor y/o única vía para prosperar es siendo corrupto o deshonesto, considerándose factible que el otro se comporte de esa manera (Knack y Keefer, 1997; Bjørnskov, 2004; Rothstein y Uslaner, 2005).

En esta vena, las políticas de redistribución de la riqueza promoverían confianza social en tanto eliminan diferencias de poder y recursos mientras que las políticas de igualdad de oportunidades al mejorar niveles educativos y bienestar social contribuirían a eliminar la exclusión. Sobre los efectos positivos de las prestaciones de bienestar, estudios comparados destacan a las políticas universales de bienestar de tipo socialdemócratas como las más eficaces. Ello sucedería porque la universalidad garantiza acceso y oportunidades igualitarias, elimina sospechas de discriminación, clientelismo o arbitrariedad y por las señales de solidaridad y de pertenencia que envía el Estado con ello y que contribuye a la creación de una idea de “nosotros” amplia y abarcadora que se colige con la confianza en anónimos (Kumlin y Rothstein, 2003; Rothstein, 2008; Patulny, 2005).

2.2. El rol de las políticas públicas.

Recuperando los aportes de las teorías anteriores y adaptándolo al estudio de las políticas públicas, nos interesa proponer un modelo propio en el cual la política pública asume centralidad en el desarrollo de la confianza social en la medida que configura tres escenarios sociales que sirven de contexto a la creación de la misma: estructuras sociales, imaginarios sociales y espacios públicos de socialización. Ciertamente, este modo de proceder es más indirecto y subrepticio que los antes comentados y supone indagar en los efectos e impactos de las políticas públicas en: el mercado laboral y clases sociales, en los enmarcados e imágenes sociales que promueven las políticas de bienestar, y en el diseño urbano y variables asociadas a la segregación y segmentación social (Güemes, 2016).

Ilustración 1: Políticas públicas y confianza. Escenarios de reproducción de la confianza social



Fuente: Güemes, 2016

Por razones de espacio, no pueden debatirse aquí tales vías indirectas de influencia política en la confianza, pero su mención es importante para recordar que las transformaciones que experimentan: las estructuras sociales (haciéndose más equitativas o más polarizados), los imaginarios (tornándose más solidarios o más individualistas/privatistas) y los espacios públicos (convirtiéndose en escenarios de integración social o, por el contrario, reproduciendo las desigualdades y fomentando la endogamia) no son indiferentes al desarrollo de la confianza social. Por ello se argumenta que, las políticas socialdemócratas, tienen efectos muy diferentes a las políticas mercantilistas o neoliberales, siendo las primeras más "amigables" con la confianza social (Güemes, 2016).

Consideramos buena una aproximación de tal tipo en tanto tiende puentes entre disciplinas como la sociología, la ciencia política y la economía, complejizando el debate sobre los orígenes de la confianza social, expandiendo el campo de mira teórico, abonando futuras investigaciones y evitando la investigación quede entrampada en reflexiones-especulaciones psico-individuales sobre la confianza social. Pero además, dicho acercamiento, podría servir como un punto de arranque que establezca una hoja de ruta en el análisis de los efectos de las políticas públicas y de cómo ciertos paradigmas políticos son capaces de incrementar la inseguridad e incertidumbre social haciendo menos probable la emergencia de confianza social. Dichos temas han sido poco explorados en escenarios no bendecidos en las dotaciones de capital social o con bajos niveles de confianza social donde coexisten, un arraigado sentido de pertenencia a escala familiar o micro, con una situación macro crítica en materia de cohesión social e identificación con miembros de la misma.

3. Conclusiones

Yamagishi, Kikuchi y Kosugi (1999) entienden que la confianza debe entenderse como el subproducto del desarrollo de una inteligencia social que aprovecha las ventajas de la sociabilidad. Por el contrario, en regiones como América Latina, la cultura popular, suele explicar la confianza como ingenuidad más que una opción

inteligente. La opción más racional en un contexto donde la cultura de la legalidad es débil y la anomia común, es no confiar (Bergman, 2009).

La confianza social lejos de ser algo coyuntural, se construye a largo plazo, demanda condiciones macro-contextuales propicias, la eficacia de gobierno, una mayor equidad, el desarrollo de sentidos comunitarios y forjar sentidos y destinos colectivos (Güemes, 2016).

Queda mucho recorrido en esta materia, este trabajo sólo se ha limitado a introducir y ordenar analíticamente la problemática, quedando pendiente un análisis profundo y empírico sobre los lazos y relaciones que existen entre la cultura de la legalidad y la confianza en escenarios concretos. Particularmente, urgen investigaciones empíricas que no se limiten a verificar las claves de las sociedades exitosas sino que avancen en espacios de experimentación que pongan en práctica medidas de fomento y calibren sus impactos. La tarea está sobre la mesa.

Bibliografía

- ALMOND, G. y VERBA, S. (1970), *La Cultura Cívica. Estudios sobre la participación política democrática en cinco naciones*, Euramericana, Madrid.
- AXELROD, R. (1986), *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Alianza, Madrid.
- BEBBINGTON, A. (2003), "El capital social en el desarrollo: teoría, concepto, estrategia". En: ARRAIGADA, I y MIRANDA, F. *Capital Social: potencialidades analíticas y metodológicas para la superación de la pobreza*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), pp. 31-37.
- BERGMAN, M. (2009), "Confianza y Estado de Derecho". En: BERGMAN, M. y ROSENKRANTZ, M., *Confianza y Derecho en América Latina*, México, CIDE-FCE, pp. 77-100
- BJØRNSKOV, C. (2006), "The multiple facets of social capital", *European Journal of Political Economy*, núm. 22, pp. 22-40.
- BOIX, C. y POSTNER, D. (2000), "Capital social y Democracia", *Revista Española de Ciencia Política*, núm 1(2), pp.159-185.
- BOWLES, S. y GINTIS, H. (2002), "Social Capital and Community Governance", *Economic Journal*, 102(483), 419-436.
- CEPAL (2000), "Capital social: sus potencialidades y limitaciones para la puesta en marcha de políticas y programas sociales". En: CEPAL, *Panorama social de América Latina 2001-2002*, capítulo 4.
- COLEMAN, J. (2001), "Capital Social y creación de capital humano", *Zona Abierta*, núm 94/95, pp. 47-81.
- CORNEJO, C. (2005), "Capital social, competitividad y PYMES", *EKONOMIAZ Revista vasca de Economía*, núm 59, pp. 93-117.
- DE LA MAZA, G. (2001), "Sociedad Civil y Construcción de Capital Social en América Latina: ¿Hacia dónde va la investigación?", *Polis Revista de la Universidad Bolivariana*, núm 1(2).
- DEARMON, J. y GRIER, K. (2009), "Trust and development", *Journal of Economic Behavior & Organization*, núm. 71, pp. 210–220.
- DELLA PORTA, D. (2000), "Social Capital, belief in Government and Political Corruption". En: PHARR, S y PUTNAM, R. *Disaffected Democracies. Wath's Troubling the Trilateral Countries*, New Jersey, Princeton University Press, pp. 202-230.
- DÍAZ VÁZQUEZ, R. et.al. (2011), "Bienestar y felicidad: relación con la renta y el capital social en países europeos", *Revista Galega de Economía*, núm 20, (núm. extraord.), pp. 1-21.

- EVANS, P. (1996), "Government Action, Social Capital and Development: Reviewing the Evidence on Synergy", *World Development*, núm24(6), pp. 1119-1132.
- FRYKMAN, J. et. al (2009), "Sense of Community. Trust, Hope and Worries in the Welfare State." *Ethnologica Europaea*, núm 39(1), pp. 7-46.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (2010), "Individuos sin sociedades. Sobre la cultura del incumplimiento de reglas en América Latina". En: VILLORIA, M. y WENCES, I. *Cultura de la Legalidad, Instituciones, Procesos y Estructuras*, Ed. Catarata, Madrid, pp. 135-158
- GIDDENS, A. (1999), *Consecuencias de la Modernidad*, Ed. Alianza, Madrid.
- GRADSTEIN, M. y JUSTMAN, M. (2000), "Human Capital, Social Capital, and Public Schooling", *European Economic Review*, núm 44, pp. 879-890.
- GRANOVETTER, M. (1973), "The Strength of Weak Ties". *American Journal of Sociology*, núm 78(6), pp.1360-1380.
- GÜEMES, M. C. (2011a), "Estado y Capital social en América Latina. ¿En qué medida las características y comportamientos del Estado explican los niveles de Capital Social en la región?", *América Latina Hoy*, núm 59, pp. 91-116.
- GÜEMES, M. C. (2011b), "Herramientas para un análisis del impacto de las políticas públicas en la confianza social", *Circunstancia*, núm 26, (publicación electrónica).
- GÜEMES, M. C. (2013), "Desconfianza social en América Latina" En: Fernández del Soto, G. y Pérez Herrero, P. *América Latina: sociedad, economía y seguridad en un mundo global*, Madrid, CAF -Universidad de Alcalá- Marcial Pons, pp. 123-132.
- GÜEMES, M. C. (2016), *Trátame suavemente. Confianza Social en América Latina, con la lupa en Argentina*. Editorial Flacso (próxima publicación), Secretaría General, Costa Rica.
- HARDIN, R. (1992), "The Street-Level Epistemology of Trust", *Analyse & Kritik*, núm 14, pp. 152-176.
- HERREROS, F. (2002a), *¿Por qué confiar? El problema de la creación de capital social*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, CEACS, Madrid.
- HERREROS, F. (2002b), "Republicanismo, Capital Social y Democracia", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm 117, pp. 293-312.
- HERREROS, F. y CRIADO, H. (2001), "El problema de la formación del capital social. Estado, asociaciones voluntarias y confianza generalizada", *Zona Abierta*, núm 94/95, pp. 201-231.
- HERREROS, F. y CRIADO, H. (2008), "The State and the Development of social trust", *International Political Science Review*, núm 29 (1), pp.53-71.
- HERREROS, F. y DE FRANCISCO, A. (2001), "Introducción: el capital social como programa de investigación", *Zona Abierta* núm 94/95, pp.1-46 .
- KATZMAN, R. (2003), "Capital social y sociedad civil en America Latina", Presentación en el Seminario BID sobre La Agenda Ética pendiente en América Latina. Universidad de la República, Montevideo 18 y 19 de diciembre de 2003.
- KATZMAN, R. (2007), "La calidad de las relaciones sociales en las grandes ciudades de América Latina: viejos y nuevos determinantes", *Revista Pensamientos Iberoamericanos*, núm 1, pp. 177-205.
- KHODYAKOV, D. (2007), "Trust as a Process: A Three-Dimensional Approach", *Sociology*, núm. 4(1), pp. 115-132.
- KNACK, S. y KEEFER, P. (1997), "Does Social Capital Have an Economic Payoff? A Cross-Country Investigation", *The Quarterly Journal of Economics*, núm 112(4), pp.1251-1288.
- KUMLIN, S. y Rothstein, B. (2003), "Investing in Social Capital: The Impact of Welfare State Institutions", *Annual Meeting of the American Political Science Association*. Philadelphia, USA.

- LEVI, M. (1998), "A State of Trust". En: BRAITHWAITE, V. y LEVI, M. *Trust and Governance*. New York, Russel Sage Foundation, pp. 77-101
- LIN, N. (1999), "Building a Network Theory of Social Capital", *Connection*, núm 22, pp.28-51.
- LINARES, F. (2007), "El problema de la emergencia de normas sociales en la acción colectiva. Una aproximación analítica", *Revista Internacional De Sociología*, núm (46), pp.131-160.
- LUHMANN, N. (1996), *Confianza*, Anthropos, Barcelona.
- MOTA, F. y SUBIRATS, J. (2000), "El quinto elemento: el capital social de las comunidades autónomas. Su impacto sobre el funcionamiento del sistema político autonómico", *Revista Española de Ciencia Política*, 1(2), 123- 158.
- NEWTON, K. y NORRIS, P. (2000), "Confidence in Public Institutions: Faith, Culture or Performance?". En: PHARR, S. y PUTNAM, R. *Disaffected Democracies. Wath's Troubling the Trilateral Countries*, New Jersey, Princeton University Press, pp. 52-73.
- OFFE, C. (1999), "How can we Trust our Fellow Citizens?". En: M. WARREN, *Democracy and Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 42-87.
- OSTROM, E. y AHN, T. (2003), "Una perspectiva del capital social desde las ciencias sociales: capital social y acción colectiva", *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 1, pp. 155-233.
- PATULNY, R. (2005), "Social Rights and Social Capital: Welfare and Co-operation in Complex Global Society", *American Review of Public Affairs*, núm 6 (1), pp. 59-75.
- PORTES, A. y LANDOLT, P. (2000), "Social Capital: Promise and Pitfalls of Its Role in Development", *Journal of Latin American Studies*, 32(2), pp. 529-547
- PUTNAM, R. (1993), *Making Democracy Work. Civic traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton.
- PUTNAM, R. (2000), *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. Simon and Schuster, New York.
- PUTNAM, R. (2001), "La comunidad próspera. El capital social y la vida pública", *Zona Abierta*, núm 94-95, pp. 89-104.
- ROTHSTEIN, B. (2000), "Trust, social dilemmas, and the strategic construction of collective memories", *Journal of Theoretical Politics*, núm 12, pp. 477-501.
- ROTHSTEIN, B. (2008), "Is the Universal Welfare State a Cause or an Effect of Social Capital?", *QOG Working Paper Series 16*.
- ROTHSTEIN, B. y STOLLE, D. (2008), "How Political Institutions Create and Destroy Social Capital: An Institutional Theory of Generalized Trust", *Comparative Politics*, núm 40 (4), pp. 441-467.
- ROTHSTEIN, B. y USLANER, E. (2005), "All for All. Equality, Corruption, and Social Trust", *World Politics*, núm. 58, pp. 41-72.
- SABATINI, F. (2005), "Social Capital, Public Spending and the Quality of Economic Development", *COE/JEPA Joint International Conference, 'Towards a New Economic Paradigm*, Japan: 17-18 December.
- SIDES, J. (1999), "It takes two: The reciprocal relationship between Social Capital and Democracy", *Working Paper Institute of Governmental Studies. University of California*.
- STIGLITZ, J., SEN, A. y FITOUSSI, J. P. (2008), "Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress". Disponible en: <http://www.cfr.org/> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2015)
- SZTOMPKA, P. (2000), *Trust: A Sociological Theory*, Cambridge University Press, New York.
- TAYLOR, M. (2001), "El Buen Gobierno: sobre la jerarquía, el capital social y las limitaciones de la teoría de la elección racional" *Zona abierta*, núm. 94/95, pp. 121-160.

- TORCHE, F.y VALENZUELA, E. (2001), "Trust and Reciprocity: A Theoretical Distinction of the Sources of Social Capital", *European Journal of Social Theory*, núm 14(2), pp.181-198.
- TRIGILIA, C. (2003), "Capital social y desarrollo local". En: BAGNASCO, A. E. *El capital Social. Instrucciones de uso*, Buenos Aires, Fondo Cultura Económica, pp. 123-155.
- USLANER, E. (2002), *The Moral Foundations of Trust*, New York, Cambridge University Press.
- VILLORIA, M. (2010), "Cultura de la legalidad y buen gobierno". En: VILLORIA, M y WENCES I. *Cultura de la Legalidad, Instituciones, Procesos y Estructuras*, Madrid, Ed. Catarata, pp. 29-62
- WENCES, I. y GÜEMES, C. (2016), "Democracia republicana y confianza en América latina: la esperanza que no llega, que no alcanza" *Andamios, Revista de Investigación social*, Núm 30.
- WENCES, I. y SAUCA, J.M. (2014) "Cultura de la legalidad: proyecto y movimiento". En: WENCES, I. CONDE, R. Y BONILLA, A., *Cultura de la Legalidad en Iberoamérica: desafíos y ecperiencias*. San José de Costa Rica, FLACSO, pp.17-45
- WELCH, M. E. (2005), "Determinants and consequences of social trust", *Sociological inquiry*, núm. 75(4), pp. 453-473.
- YAMAGISHI, T., KIKUCHI M. Y KOSUGO M. (1999) "Trust, gullibility and social intelligence", *Asian Journal of Social Psychology*, nº 2, pp. 145-161.

Impunidad (ausencia de castigo)

Impunity

Elisenda Calvet Martínez

Universidad de Barcelona

elisendacalvet@ub.edu

Recibido / received: 08/02/2016

Aceptado / accepted: 01/03/2016

Resumen

La impunidad no es sólo la falta de castigo sino que también conlleva la falta de investigación, y de procesamiento de los responsables de delitos, lo cual impide a las víctimas saber la verdad sobre los hechos, identificar a los autores así como obtener una reparación adecuada al daño sufrido. La impunidad puede ser *de facto* o *de iure* aunque sus efectos son los mismos. La cuestión de la impunidad se ha planteado sobre todo en torno a las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante un conflicto armado o régimen autoritario, a las cuales debe hacer frente el Estado en situación de postconflicto o de transición hacia un Estado de derecho basado en el respeto de los derechos humanos. En este sentido, la creación de tribunales penales internacionales ha contribuido a hacer justicia y juzgar a los responsables de estos crímenes, aunque es preferible que lo haga el Estado en donde ocurrieron los hechos. Si bien las amnistías o medidas equivalentes se consideran inadmisibles en el derecho internacional cuando impiden investigar, juzgar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, en la práctica los Estados han seguido adoptando este tipo de medidas u análogas que promueven la impunidad.

Palabras clave

Impunidad, amnistía, graves violaciones de derechos humanos, justicia transicional, obligación de investigar, obligación de juzgar y castigar, obligación de reparar.

Abstract

Impunity is not only the lack of punishment but also entails the lack of investigation and prosecution of those responsible for crimes, which precludes victims from knowing the truth about the facts, identifying the authors and obtaining adequate redress for the damage suffered. Impunity can be de facto or de iure although its effects are the same. The issue of impunity has been raised especially about serious human rights violations committed during an armed conflict or authoritarian regime, which the State must face in a post-conflict situation or transition towards a State of Law based on the respect for human rights. In this regard, the establishment of international criminal tribunals has contributed to do justice and to prosecute those responsible for these crimes, although it is preferable that the State where the events occurred does it. While amnesties or equivalent measures are considered unacceptable in international law when preventing from investigating, prosecuting and punishing the perpetrators of serious human rights violations, in practice States have continued to adopt such measures that promote impunity

Keywords

Impunity, amnesty, serious violations of human rights, transitional justice, duty to investigate, duty to prosecute and to punish, duty to make reparation.

SUMARIO. 1. Definición y alcance de la impunidad. 2. Evolución de la noción de impunidad. 3. Modalidades de impunidad. 3.1. Impunidad de facto. 3.2. Impunidad de iure. 4. Efectos de la impunidad. 5. Conclusiones.

Desde el origen de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un perpetuo conflicto y de una extraña paradoja: un conflicto que opone al oprimido al opresor, la sociedad civil al Estado y que se encuentra atrapado en el engranaje de la reconciliación nacional que va a relativizar su compromiso inicial de luchar contra la impunidad

Informe de la Subcomisión de las Naciones Unidas, 1993

1. Definición y alcance de la impunidad

La impunidad se define como la cualidad de impune o, de forma negativa, como la falta de castigo. De latín *impunitas*, impunidad es la falta de sanción o pena de la persona que ha cometido una falta o delito. De modo que la persona que ha perpetrado una violación de una norma queda exenta de castigo, normalmente por razones políticas y, como consecuencia, la víctima no recibe reparación alguna. La impunidad es además un “fenómeno de dimensiones legales, sociales, culturales, psicológicas y hasta económicas” (Ambos, 1999: 33) de modo que no sólo puede describirse desde una perspectiva legal, si bien es la que se adoptará en esta ocasión.

En relación al alcance de la noción de impunidad, desde un punto de vista material, se puede distinguir entre la impunidad en un *sentido amplio* y en un *sentido restringido*. La primera comprende la no persecución penal de determinadas conductas de acción u omisión que pertenecen a la categoría de delitos comunes pero que por distintos motivos no son castigadas. En cambio, la impunidad restringida -a la cual se hará referencia a lo largo de esta contribución- es la relativa a la violación de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Desde un punto de vista procesal, en el ámbito del derecho internacional, la impunidad de los autores de graves violaciones de derechos humanos¹ suscitó un creciente interés en las Naciones Unidas, en cuyo seno se adoptó el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Conjunto de principios contra la impunidad) en el 2005 y que define la impunidad como:

(...) la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas².

Estos principios, elaborados inicialmente por el experto francés Louis Joinet, de la extinta Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, no constituyen normas jurídicas en sentido estricto

¹ Por “violaciones graves de derechos humanos” se entenderá en este trabajo por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y esclavitud.

² Véase, Comisión de Derechos Humanos (2005). Respecto a esta noción, Jordi Bonet acertadamente cuestiona que la definición sólo incluya a los “autores” y no tenga en cuenta otros tipos de participación como la coautoría, colaboración etc. Véase, Bonet Pérez y Alija Fernández (2009: 17).

sino principios rectores cuyo objetivo es establecer la base para una reconciliación fuerte y duradera (Comisión de Derechos Humanos, 1997: párr. 49). Esta concepción procesal de impunidad por tanto no sólo implica ausencia de castigo sino que va más allá e incluye la falta de investigación y procesamiento de los responsables de este tipo de violaciones y, en caso de ser culpables, la ausencia de penas apropiadas y también la falta de reparación de las víctimas.

Por otro lado, en el ámbito del Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) constató en sus informes de fondo sobre El Salvador, Argentina y Uruguay de 1992 que las leyes de amnistía tienen por efecto privar a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal para poder identificar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos³. En consecuencia, la CIDH concluyó que este tipo de medidas eran contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos al vulnerar las garantías judiciales (artículo 8) y el derecho de protección judicial (artículo 25). Estas decisiones de la CIDH pueden considerarse, según Santiago Cantón, como posiblemente las primeras de un órgano internacional con funciones jurisdiccionales que determinaron que las leyes de amnistía violan el Derecho internacional de los derechos humanos (Catón, 2011: 270) y, por lo tanto, que fomentan la impunidad.

De modo que la impunidad en un sentido restringido se refiere a la falta de investigación, procesamiento y, en su caso, castigo de las personas responsables de graves violaciones de derechos humanos, con especial afectación a las víctimas que se quedan sin poder ejercer un recurso efectivo para hacer valer sus derechos y sin una reparación integral y adecuada. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha establecido que el Estado vulnera de por sí el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por el mero hecho de no investigar ni hacer comparecer ante la justicia a los autores de violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 2004: párr. 18). Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha resaltado desde sus inicios la importancia de la obligación de los Estados de investigar las violaciones de derechos humanos considerando que “Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede *impune* y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”⁴. De modo que el término impunidad trasciende la mera ausencia de castigo e implica “la directa negación de las obligaciones internacionales que competen al Estado o los Estados en cuestión respecto a tal hechos [violaciones graves de derechos humanos]” (Chinchón Álvarez, 2012: 30).

2. Evolución de la noción de impunidad

La creciente preocupación por la cuestión de la impunidad en relación a graves violaciones de derechos humanos ha ido evolucionando a lo largo de diferentes etapas⁵. En una primera etapa de los años 70, las ONGs y defensores de derechos

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 26/92, Caso 10.287, *Masacre Las Hojas*, El Salvador, de 24 de septiembre de 1992; Informe N° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 Y 10.311, Argentina, de 2 de octubre de 1992; Informe N° 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, 12 marzo 1993. La primera ocasión en la que la CIDH se pronunció sobre la validez jurídica de las leyes de amnistía fue en su Informe anual de 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, de 26 septiembre 1986, capítulo V.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 176. (cursiva añadida)

⁵ Para más detalle sobre la evolución de la noción de impunidad véase el informe del Sr. Joinet (Comisión de Derechos Humanos, 1997: párrs. 1-5).

humanos se movilizaron en pro de la amnistía de los presos políticos, siendo la amnistía un símbolo de libertad, como ocurrió en España durante la transición.

En una segunda etapa, en los años 80, las leyes de amnistía, adoptadas sobre todo en América Latina tras la caída de los diferentes regímenes dictatoriales, empiezan a verse como factores de impunidad, lo cual provoca la reacción de las víctimas y la sociedad civil que empieza a reclamar justicia. Sin duda, las Abuelas de la Plaza de Mayo en Argentina son un símbolo inequívoco de reclamación de justicia y de verdad ante los miles de desaparecidos como consecuencia de la dictadura militar argentina, y que aún hoy perdura en búsqueda de los nietos y nietas (ahora personas adultas) que fueron sustraídos y desaparecidos por personas afines al régimen dictatorial⁶.

La tercera etapa vendría marcada por el fin de la guerra fría, los conflictos armados y los procesos de democratización de los años 90, en la cual emerge el debate entre *Paz vs. Justicia*, es decir, entre el olvido promovido por los responsables de graves violaciones de derechos humanos y la justicia reclamada por parte de las víctimas, siendo la CIDH uno de los primeros mecanismos internacionales de protección de derechos humanos en cuestionar la admisibilidad de las medidas de amnistía y análogas que impidan el acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos⁷.

Posteriormente, la cuarta etapa vendría marcada por la creación de dos tribunales penales internacionales *ad hoc* por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por un lado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en 1993⁸ y, del otro, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)⁹ que cerró sus puertas el pasado 31 de diciembre de 2015. No obstante, el punto de inflexión fue el establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI), de carácter permanente, mediante la adopción del Estatuto de Roma en 1998, en cuyo preámbulo dispone que:

Afirmado que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a *poner fin a la impunidad* de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes¹⁰.

Estos tribunales penales internacionales fueron creados para juzgar y castigar a los responsables de los crímenes internacionales y por tanto, para luchar contra la impunidad. Ulteriormente, se han ido creando otros tribunales penales

⁶ La Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo es una organización no gubernamental que tiene como finalidad localizar y restituir a sus legítimas familias todos los niños secuestrados desaparecidos por la represión política, y crear las condiciones para que nunca más se repita tan terrible violación de los derechos de los niños, exigiendo castigo a todos los responsables. Más información disponible en la siguiente dirección electrónica: www.abuelas.org.ar (fecha de consulta: 3 de febrero de 2016).

⁷ Véase referencias hechas en la nota 3.

⁸ Consejo de Seguridad, Resolución 827, de 25 de mayo de 1993.

⁹ Consejo de Seguridad, Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994.

¹⁰ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. (énfasis añadido)

internacionales llamados “mixtos” o “híbridos”¹¹ compuestos por personal local e internacional con el fin de garantizar su imparcialidad e independencia.

Finalmente, en una quinta etapa que se desarrolla en el ámbito de las Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos encarga al Sr. Joinet y al Sr. Guissé un estudio sobre la cuestión de la impunidad para la protección y promoción de los derechos humanos, cuyo informe final fue presentado en 1997 (Comisión de Derechos Humanos, 1997). Este estudio culmina en 2005 con la adopción del Conjunto de principios contra la impunidad (Comisión de Derechos Humanos, 2005)¹², actualizado por la profesora Orentlicher, y que hoy conforma una parte importante de los estándares internacionales en esta materia.

3. Modalidades de impunidad: *de facto* y *de iure*

La impunidad puede darse de distintas formas si bien cabe distinguir básicamente dos modalidades: una impunidad *de facto* o de hecho, en la que el mal funcionamiento de la administración de justicia deja impunes a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y, una impunidad *de iure* a partir de la adopción de leyes expresas o de una interpretación inadecuada de las leyes en vigor.

3.1 Impunidad *de facto*

En relación con la impunidad *de facto*, puede tener lugar tanto en el ámbito de la justicia ordinaria como de la justicia de excepción como son los tribunales militares. Respecto a la primera, los factores que conducen a la impunidad pueden ser diversos: desde la incapacidad legal de las víctimas de iniciar un procedimiento (a menudo sólo lo puede hacer el Ministerio Fiscal), la falta de una investigación rápida y efectiva por parte de las autoridades, un procedimiento sin las debidas garantías judiciales bien por falta de independencia de los jueces o bien por la intimidación de los testigos y/o las víctimas, hasta la adopción y ejecución de las penas cuando no son proporcionales a los crímenes cometidos por los responsables¹³.

Respecto a la jurisdicción militar, la ONU considera que debe limitarse a infracciones de carácter militar cometidas por militares y por tanto excluir de forma expresa las violaciones de derechos humanos de su competencia (Comisión de Derechos Humanos, 2005)¹⁴. La jurisdicción militar se considera un factor de impunidad porque presenta, entre otros, obstáculos de condena al aplicar la doctrina de “obediencia debida” para justificar la actuación de los militares responsables de

¹¹ Véase, entre otros, el Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), los Paneles Especiales para graves crímenes de Timor Oriental (2000), Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (2004) o las Salas Africanas Extraordinarias de Senegal (2012).

¹² Véase también la resolución 2005/81 sobre *Impunidad*, de 21 de abril de 2005, en la que la Comisión resalta, entre otros aspectos, “la importancia de combatir la impunidad para prevenir la violación de los derechos humanos y del derecho humanitario e insta a los Estados a que pongan fin a la impunidad de las violaciones que constituyan delitos enjuiciando a sus autores, incluidos los cómplices, de conformidad con el derecho internacional, en especial las normas de justicia, equidad y sobre garantías procesales”.

¹³ Para más detalle de las distintas formas de impunidad véase, Comisión de Derechos Humanos (1993: párr. 30-36).

¹⁴ Al respecto, el Principio 29 sobre las restricciones de la competencia de los tribunales militares: “la competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, los cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado”.

graves violaciones de derechos humanos con objeto de absolverlos o atenuar su pena (Ambos, 1999: 195)¹⁵.

En este sentido, en los Estados en situación de postconflicto o en procesos de justicia transicional a menudo es difícil juzgar a todas las personas responsables de graves violaciones de derechos humanos, bien porque el sistema judicial está debilitado, bien por la falta de recursos humanos y económicos de procesar a la gran cantidad de responsables de graves violaciones de derechos humanos o bien porque los poderes fácticos aún tienen influencia en el nuevo Estado y bloquean este tipo de procesos. Es por este motivo que en este tipo de contextos se opta en muchos casos por enjuiciar sólo los casos más graves o a los autores con una posición relevante, también llamados “juicios ejemplares” con el objeto de reafirmar el imperio de la ley y prevenir futuras violaciones (Orentlicher, 1991: 2598). Esta cuestión es bastante controvertida porque al juzgar unos pocos conlleva necesariamente a la impunidad de *facto* de los autores que tienen un menor rango o hayan cometido crímenes menos graves. No obstante, autores como Sikkink consideran que el procesamiento de los responsables de graves violaciones de derechos humanos refuerza la democracia y el respeto de los derechos humanos y, además, tiene un efecto disuasorio no sólo respecto al Estado afectado sino también en relación a los de su entorno (Sikkink, 2011: 27).

En el ámbito internacional, después de la Segunda Guerra Mundial, las Potencias Aliadas establecieron el Tribunal Internacional Militar de Núremberg en 1945¹⁶ para juzgar y castigar a los grandes criminales de guerra, en el cual 24 personas fueron procesadas y 12 condenadas a sentencia de muerte¹⁷. Esta idea fue retomada tras el conflicto en los Balcanes en los años 90 mediante la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, habiendo el TPIY condenado 161 personas, de las cuales 64 lo fueron por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio¹⁸. Igualmente, el TPIR después de 20 años de funcionamiento ha procesado 91 personas y condenado 61, siendo el primer tribunal internacional penal que ha condenado a una persona por crimen de genocidio¹⁹. La CPI, desde su entrada en funcionamiento en el 2002, tan sólo tiene una sentencia condenatoria por reclutamiento de niños soldados en la República Democrática del Congo²⁰. Por un lado, los tribunales penales internacionales han sido puestos en duda por parte de la doctrina al considerar que tienen un coste elevado en relación al número de personas procesadas y castigadas, mientras que el impacto en la

¹⁵ Véase, a modo de ejemplo, el artículo 16.2 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, el 18 de diciembre de 1992, en la que de forma expresa establece que las personas responsables de actos de desaparición forzada “sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”.

¹⁶ Paralelamente fue creado el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en 1946 para juzgar los criminales de guerra japoneses.

¹⁷ UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, “International Military Tribunal at Nuremberg.”, Holocaust Encyclopedia, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005143> (fecha de consulta: 3 de febrero de 2016).

¹⁸ ICTY, *Infographic: ICTY Facts & Figures*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.icty.org/en/content/infographic-icty-facts-figures> (fecha de consulta: 3 de febrero de 2016).

¹⁹ UNITED NATIONS MECHANISM FOR INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS, Key figures of cases, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://unictr.unmict.org/en/cases/key-figures-cases> (fecha de consulta: 3 de febrero de 2016).

²⁰ La CPI está conociendo 23 casos de las 9 situaciones que están siendo investigadas, siendo de momento la primera y única sentencia condenatoria la de *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* de 14 de marzo de 2012. Más información disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx (fecha de consulta: 3 de febrero de 2016).

sociedad y las víctimas se consideran limitados al estar lejos de donde ocurrieron las atrocidades²¹. Del otro, también es cierto que estos tribunales han contribuido de forma significativa a la lucha contra la impunidad al lanzar el mensaje de que cualquier persona, independientemente de su cargo, puede ser juzgada y castigada por crímenes internacionales²².

Desde una perspectiva estatal, en el caso de Colombia, por ejemplo, el Congreso aprobó el “Marco Jurídico para la Paz” en julio de 2012 por el cual se establecen instrumentos de justicia transicional para investigar y enjuiciar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, esclarecer la verdad y reparar a las víctimas. Esta ley establece unos *criterios de priorización y selección* que deberá tener en cuenta el Fiscal General de la Nación para ejercer la acción penal, con el objetivo de “centrar los esfuerzos en la investigación penal de los *máximos responsables* de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” así como “autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”²³. Si bien la ley establece unos requisitos para poner penas alternativas o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, al ser el margen de apreciación tan amplio existe el riesgo de que sea utilizado por el Estado para “garantizar la impunidad de aquellas conductas especialmente graves llevadas a cabo por personas relevantes de las organizaciones criminales” (Gómez Isa, 2014: 41). En este sentido, la CIDH (2013: párr. 354) ha manifestado su preocupación por la posibilidad de que esta ley permita “renunciar a la investigación de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH que no sean seleccionados, circunstancia que llevaría a la impunidad”. Sin embargo, hay autores que consideran que “esta tesis no es sinónimo de impunidad, en tanto que el Estado no se está eximiendo del cumplimiento de sus deberes de investigación y sanción, sino que centra sus esfuerzos en la búsqueda de una mayor eficiencia” (Suárez López y Jaramillo Ruiz, 2014: 80).

En definitiva, la *impunidad de hecho* es una realidad sobre todo en casos de violaciones graves y de carácter sistemático de derechos humanos y, aunque el procesamiento y, en su caso, castigo de los mayores responsables de estas violaciones puede ser ejemplarizante y tener un carácter preventivo, no está claro que para las víctimas implique la realización de su derecho a la justicia. La adopción de este modelo debe ir acompañada de otras medidas que puedan satisfacer los derechos de las víctimas, en especial el derecho a una reparación y el derecho a la verdad. Al ser una *impunidad de facto* no cabe la posibilidad de derogar ninguna ley sino que depende de la voluntad política y de la presión de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales para acabar con ella.

3.2. Impunidad *de iure*

Además, la impunidad puede darse en virtud de la promulgación de leyes expresas, siendo el instrumento utilizado por excelencia las leyes de amnistía, la concesión de indultos, perdón o cualquier otro tipo de gracia, así como a partir de la interpretación

²¹ Véase, entre otros, un enfoque crítico sobre el TPIR en Des Forges y Longman (2004: 49-68). Véase también, entre otros, Quesada Alcalá (2009: 111-145).

²² Véase, por ejemplo, el Estatuto de Roma que establece en su artículo 27.2 la improcedencia del cargo oficial al disponer que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

²³ Congreso de Colombia, Acto Legislativo núm.1, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, de 31 de julio de 2012. (énfasis añadido)

abusiva de la legislación en vigor, como por ejemplo, mediante la aplicación de plazos de prescripción no adecuados a la gravedad de los delitos o de atenuantes como la obediencia debida (Comisión de Derechos Humanos, 1993: párr. 30-36). En este sentido, en el Programa y Declaración de Acción de Viena, aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se estableció que: "Los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley"²⁴.

La adopción de leyes de amnistía no está prohibida de forma expresa en el ámbito del derecho internacional, sin embargo, existe una tendencia a considerar que son incompatibles con la obligación generalmente aceptada de los Estados de enjuiciar y castigar graves violaciones de derechos humanos²⁵. Aun así, se han seguido adoptando leyes de amnistía como medidas para fomentar la paz y la reconciliación²⁶ y no existe una práctica uniforme de los Estados en este sentido (Secretario General de las Naciones Unidas, 2011: párr. 12).

En este sentido, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas considera que "las amnistías u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición" (Comité contra la Tortura, 2008: párr. 5). Asimismo, la CortIDH, en el caso *Barrios Altos v. Perú* constató que las leyes de autoamnistía "conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana [de Derechos Humanos]"²⁷, invitando al Estado a "remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos"²⁸. Además, en el Tribunal Especial para Sierra Leona, el *Amicus Curiae* presentado en el marco del proceso contra Kallon y Kamara en el 2004 por Redress y Lawyers Committee for Human Rights puso de relieve el impacto e incongruencia de las amnistías que pueden permitir que una persona que ha matado a 15.000, escape de la justicia mientras que la que mata a una persona sea castigada²⁹.

Las graves violaciones de derechos humanos como los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio se consideran imprescriptibles independientemente de la fecha en que fueron cometidos, para que los

²⁴ Declaración y Programa de Acción de Viena, ONU Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1992, párr. 60.

²⁵ *Marguš v. Croatia* [GC], no. 4455/10, § 139, ECHR 2014 (extracts).

²⁶ Desde 1999 hasta 2007, 53 leyes de amnistía fueron adoptadas de las cuales 29 excluyeron algún tipo de crimen internacional y el resto otorgó inmunidad penal respecto a este tipo de crímenes. Para más detalle, véase Mallinder (2007: 214) o consultar la Amnesty Law Database disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://incore.incore.ulst.ac.uk/Amnesty/index.html> (fecha de consulta: 3 de febrero de 2016).

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 43. Véase, además, entre otras, *Gomes Lund y otros ("Guerrilha Do Araguaia") v. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 134 y ss.; *Gelman v. uruguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 225 y ss.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Cantuta v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 226.

²⁹ Amicus Curiae Redress Trust and Lawyers Committee for Human Rights, Special Tribunal for Sierra Leone, *Prosecutor v. MORRIS KALLON* (Case No. SCSL-2004-15-AR72(E)) *Prosecutor v. BRIMA BAZZY KAMARA* (Case No. SCSL-2004-16-AR72(E)), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, de 13 de marzo de 2004, párr. 5.

responsables de estos crímenes no queden impunes³⁰. No obstante, los Estados a menudo utilizan plazos de prescripción aplicables a delitos comunes sin tener en cuenta la gravedad de las violaciones. La imprescriptibilidad de estos delitos viene dada por los retos y dificultades que plantean su investigación y procesamiento en comparación con la de los delitos comunes, así como de la importancia de enviar un mensaje de que estos crímenes son una afrenta a la humanidad y que ni el tiempo ni el espacio permitirá escapar de la responsabilidad (Consejo de Derechos Humanos, 2015: párr. 48).

En España aún está vigente la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre, cuyo artículo 1 establece que será aplicable a los actos de “intencionalidad política”. Su adopción tenía por finalidad la reconciliación nacional y la transición hacia una democracia y un Estado de derecho después de 40 años de dictadura, no obstante, en la práctica se ha traducido en una impunidad *de iure* y *de facto* de violaciones graves de derechos humanos, como las desapariciones forzadas, cometidas en el pasado. El archivo de las causas presentadas ante la justicia española, mediante una interpretación restrictiva para la protección de los derechos humanos de la ley de amnistía y alegación de prescripción de los hechos, no ha hecho más que causar más sufrimiento a las víctimas e impedir esclarecer la verdad de lo ocurrido y obtener una reparación integral adecuada³¹.

Es por este motivo que los diferentes expertos de la ONU han recomendado a España la derogación de la Ley de Amnistía (Comité de Derechos Humanos, 2009: párr. 9) o al menos que su interpretación no impida las investigaciones y el procesamiento de los presuntos responsables de violaciones de derechos humanos durante la Guerra Civil y el franquismo y que, además, el Estado promueva de oficio una investigación real y efectiva de los hechos conforme a sus obligaciones en virtud del derecho internacional (Comité contra la Tortura, 2009: párr. 21)³².

4. Efectos de la impunidad

Desde la perspectiva jurídica, la impunidad en sus distintas modalidades tiene múltiples efectos que conviene destacar. Por una parte, la falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos impide el esclarecimiento de los hechos y vulnera el derecho a la verdad, inalienable e imprescriptible³³ de las víctimas (Comisión de Derechos Humanos, 2005: Principio 2). Además, el incumplimiento por parte del Estado de la obligación de investigar de forma rápida y

³⁰ Véase, Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General mediante la resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970 y tiene 55 Estados parte (fecha de consulta: 3 de febrero de 2016). La jurisprudencia internacional considera que esta convención es de naturaleza declarativa y que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y de genocidio es de carácter *ius cogens*.

³¹ La STS 101/2012, del 27 de febrero de 2012 ha tenido un efecto cascada y ha sido utilizada por los distintos juzgados territoriales para archivar este tipo de causas en base a la amnistía y la prescripción de los hechos. Véase, para más información, Pérez González y Escudero Alday (2013).

³² Véase, también, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a España*, ONU Doc. A/HRC/27/49/Add.1, de 2 de julio de 2014, en el que los expertos recomiendan que el Estado tome todas las medidas legislativas y judiciales necesarias para que “las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía”, privando de efecto la Ley de Amnistía 46/1977; Comité contra la Desaparición Forzada, *Observaciones finales sobre España*, ONU Doc. CED/C/ESP/CO/1, de 12 de diciembre de 2013, párr. 12.

³³ **Principio 2. El derecho inalienable a la verdad.** Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

efectiva provoca un sufrimiento adicional a las víctimas³⁴ que las instancias internacionales de protección de derechos humanos han considerado que constituye un trato inhumano o degradante³⁵.

Asimismo, la falta de enjuiciamiento y, en su caso, de castigo de los responsables de graves violaciones de derechos humanos vulnera también el derecho a la justicia de las víctimas. Los juicios son medios esenciales para restablecer la dignidad de las víctimas y de las personas que han sufrido y, por lo tanto, también tienen un impacto en la sociedad. Los Estados están obligados a tipificar estos delitos en sus ordenamientos jurídicos internos para evitar la impunidad y además, les corresponde en primer lugar juzgar y castigar a los autores de estos delitos. En base al principio *aut dedere aut iudicare*, los Estados están obligados a extraditar o juzgar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos cuando se encuentren en su territorio. En caso de que el Estado no pueda (por imposibilidad material) o no quiera perseguir y enjuiciar estos crímenes, existe la posibilidad de que la CPI, sobre la base del principio de complementariedad, ejerza su jurisdicción, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos establecidos en el Estatuto de Roma. Si bien los tribunales penales internacionales son mecanismos de lucha contra la impunidad, también cabe la posibilidad de que otros Estados, en base al principio de jurisdicción universal, juzguen y castiguen a los autores de graves violaciones de derechos humanos para que no queden impunes³⁶. La adopción de medidas de amnistía o de perdón, a pesar de ser “un mal inevitable” (Kumar, 1992: 91) en situaciones de postconflicto y de reconciliación, promueven la impunidad de los responsables de graves violaciones de derechos humanos y son un obstáculo al ejercicio del derecho a la justicia.

Otra de las consecuencias de la impunidad es que no permiten a las víctimas ejercer un recurso efectivo y obtener una reparación integral que sea adecuada, efectiva y rápida por los daños sufridos³⁷. En este sentido, el Comité contra la Tortura ha establecido que “la impunidad, cuando está sancionada por la ley o existe *de facto*, hace imposible a las víctimas obtener plena reparación” y “en ninguna circunstancia puede utilizarse el argumento de la seguridad nacional para negar la reparación de las víctimas” (Comité contra la Tortura, 2012: párr. 42)³⁸. Para Theo Van Boven (1992: 329) “no es posible ignorar que existe una conexión clara entre la impunidad de los autores de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y la no concesión de una reparación equitativa y adecuada a las víctimas y a sus familias o personas a su cargo”. Cuando las autoridades no investigan ni

³⁴ Consejo de Europa, “Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines and reference texts”, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Estrasburgo, 2011, Preámbulo, párr. 3.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase, entre otras, *Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, § 134, Reports 1998-III; *Timurtaş v. Turkey*, no. 23531/94, § 98 ECHR 2000-VI; *Akhmadova and Sadulayeva v. Russia*, no. 40464/02, § 112, 10 May 2007. Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase, entre otras, *Anzualdo Castro c. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 113; *Contreras y otros c. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 123; *González Medina y familiares c. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 272.

³⁶ Secretario General de las Naciones Unidas, *Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Informe del Secretario General*, ONU Doc. A/70/125, de 1 de julio de 2015, párr. 50.

³⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005.

³⁸ Comité contra la Tortura, *Observación general núm. 3. Aplicación del artículo 14 por los Estados partes*, ONU Doc. CAT/C/GC/3, de 13 de diciembre de 2012, párr. 42.

juzgan a los responsables de graves violaciones de derechos humanos resulta muy difícil para las víctimas o sus familiares ejercer su derecho a obtener una reparación integral y adecuada.

Las garantías de no repetición constituyen uno de los pilares de la lucha contra la impunidad (Comisión de Derechos Humanos, 2005: Principio 38)³⁹, son por naturaleza de carácter preventivo y pueden implicar reformas institucionales, desmantelamiento de grupos armados, derogación de legislación de emergencia incompatible con los derechos fundamentales, garantizar la independencia judicial, entre otras medidas (Consejo de Derechos Humanos, 2015: párr. 23). En consecuencia, la falta de castigo de este tipo de violaciones contribuye a la repetición de las infracciones⁴⁰. En este sentido, el Comité contra la tortura (2012: párr. 18) ha manifestado que “las garantías de no repetición encierran un gran potencial de transformación de las relaciones sociales que tal vez sean las causas profundas de la violencia y pueden incluir, entre otras, la enmienda de las leyes pertinentes, la lucha contra la impunidad y la adopción de medidas preventivas y disuasivas eficaces”. Asimismo, la impunidad, al impedir también la investigación de los hechos “impide el aprendizaje histórico que servirá para recomponer la identidad del pueblo y para poder encarar el futuro” (Pérez Aguirre, 1992: 114), de modo que la memoria histórica de las graves atrocidades ocurridas en el pasado es esencial para prevenir futuras violaciones en el futuro. En definitiva, la impunidad “conduce al debilitamiento del Estado de derecho, impidiendo al Estado cumplir con su deber de garantizar a los ciudadanos afectados la protección de su vida, integridad física y el pleno acceso a la justicia, con la consecuente pérdida de la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas del país”⁴¹.

5. Conclusiones

La adopción de los Principios contra la impunidad en el 2005 por parte de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha permitido la consolidación de unos estándares internacionales aplicables a Estados en procesos de justicia transicional que deben afrontar graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado. Estos principios estructuran la lucha contra la impunidad en base al derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición.

La impunidad, sea *de facto* o *de iure*, comprende la falta de investigación, procesamiento y castigo de los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Seguramente, la amnistía es la medida más “popular” para promover la paz y la reconciliación de una sociedad en situación de postconflicto o en transición y, a la vez, la más “impopular”, desde la perspectiva de las víctimas y defensores de

³⁹ **Principio 38. Reforma de las leyes e instituciones que contribuyen a la impunidad.** Es menester derogar o abolir la legislación y las reglamentaciones e instituciones administrativas que contribuyan a las violaciones de los derechos humanos o que las legitimen. En particular, es menester derogar o abolir las leyes o los tribunales de emergencia de todo tipo que infringen los derechos y las libertades fundamentales garantizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Deben promulgarse las medidas legislativas necesarias para asegurar la protección de los derechos humanos y salvaguardar las instituciones y los procesos democráticos.

Como base de tales reformas, durante períodos de restauración o transición a la democracia y/o a la paz los Estados deberán emprender un examen amplio de su legislación y sus reglamentaciones administrativas.

⁴⁰ En este sentido, Comité de Derechos Humanos (2004, párr. 18): “El problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones”.

⁴¹ Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), Nueva York, 12 de diciembre de 2006, Preámbulo.

los derechos humanos, al considerar que es uno de los principales promotores de la impunidad. La adopción de leyes de amnistía o medidas equivalentes no ha cesado a pesar de que existe la tendencia en el derecho internacional a considerar que son inadmisibles cuando impiden la persecución de graves violaciones de derechos humanos. No obstante, este tipo de medidas pueden ser aceptables cuando se aplican en una etapa posterior, es decir, en relación a la pena, puesto que al menos permite una investigación de los hechos e identificar y juzgar a los responsables de estos crímenes (Roth-Arriaza, 2015: 381). No obstante, esta opción suscita debate, como se ha puesto de manifiesto en el caso de Colombia, debido a que una pena no proporcional al daño causado también puede considerarse una forma de impunidad.

Si bien juzgar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos es una forma de combatir la impunidad, la profesora Orentlicher (2007: 22) considera que a veces este tipo de juicios no se pueden llevar a cabo después del conflicto armado o al empezar la transición hacia un Estado de derecho sino que resulta más adecuado realizarlo más adelante:

(...) International legal norms affirming that atrocious crimes ought to be punished provided a powerful antidote to impunity. While there are of course times when those same norms cannot be enforced, it has seemed preferable to say "not yet" than to reframe global norms in terms that suggest prosecuting atrocious crimes is nothing more than an option.

En todo caso, es importante recordar que la impunidad no es sólo la ausencia de castigo sino que también es la falta de investigación de los hechos y persecución de los responsables, lo que impide a las víctimas conocer la verdad sobre lo ocurrido, ejercer un recurso efectivo y obtener una reparación adecuada a los daños sufridos. No hay que olvidar que la impunidad sigue siendo una de las principales causas por las que se siguen cometiendo graves violaciones de derechos humanos.

Bibliografía

- AMBOS, K. (1999), *Impunidad y derecho penal internacional*, Ad-Hoc SRL, Buenos Aires.
- BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R. (2009), *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao.
- CANTÓN, S. (2011), "Leyes de amnistía", en REÁTEGUI, F. (Ed.), *Justicia transicional: Manual para América Latina*, Brasilia, Comisión de Amnistía del Ministerio de justicia de Brasil, pp. 265-291.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2012), "El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: una aproximación sistémica desde el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24, pp. 1-31.
- CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 49/13, 31 diciembre 2013.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1993), *Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, preparado por el Sr. Guissé y el Sr. Joinet, en cumplimiento de la resolución 1992/23 de la Subcomisión*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1997), *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997.

- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, ONU Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2008), *Observación general núm. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Pates*, ONU Doc. CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2009), *Observaciones finales sobre España*, ONU Doc. CAT/C/ESP/CO/5, de 19 de noviembre de 2009.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2012), *Observación general núm. 3. Aplicación del artículo 14 por los Estados partes*, ONU Doc. CAT/C/GC/3, de 13 de diciembre de 2012
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Observación general núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Observaciones finales sobre España*, ONU Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2015), *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence*, Pablo de Greiff, ONU Doc. A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015.
- DES FORGES A. y LONGMAN, T. (2004), “Legal responses to Genocide in Rwanda”, en STOVER E. y WEINSTEIN, H. (eds.), *My Neighbor, My enemy: justices and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 49-68.
- GÓMEZ ISA, F. (2014), “Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 33, núm. 35, pp. 35-63.
- KUMAR TYAGI, Y. (1992), “Perdón, olvido, venganza, castigo justo, responsabilidad”, en COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, Ginebra, pp. 77-96.
- MALLINDER, L. (2007), “Can amnesties and international justice be reconciled?”, *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, pp. 208–230.
- ORENTLICHER, D.F. (1991), “Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *The Yale Law Journal*, vol.100, pp. 2537-2615.
- ORENTLICHER, D.F.(2007), “Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Agency”, *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, pp. 10-22.
- PÉREZ AGUIRRE, L. (1992), “Consecuencias de la impunidad sobre la sociedad”, en COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, Ginebra, pp. 111-125.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. y ESCUDERO ALDAY, R. (Eds.) (2013), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Ed. Trotta, Madrid.
- QUESADA ALCALÁ, C. (2009), “La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento definitivo en la lucha contra la impunidad?”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. X, pp. 111-145.
- ROTH-ARRIAZA, N (2015), “After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 37, Núm. 2, pp. 341-382.
- SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, ONU Doc. S/2011/634, de 12 de octubre de 2011.

- SIKKINK, K (2011), *Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, W.W. Norton & Company Inc, , Nueva York.
- SUÁREZ LOPEZ, B. y JARAMILLO RUIZ, F. (2014), "La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un proceso de paz y de los actuales estándares internacionales", *Estudios Socio - Jurídicos*, vol.16, núm. 2, pp. 61-88.
- VAN BOVEN, T. (1992), "Derecho de restitución, compensación y rehabilitación", en COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, Ginebra, pp. 315-336.

Constitucionalismo Popular

Popular constitutionalism

Ana Micaela Alterio

Instituto Tecnológico Autónomo de México

micaalterio@yahoo.com

Recibido / received: 01/03/2016

Aceptado / accepted: 23/03/2016

Resumen

El constitucionalismo popular como corriente constitucional contemporánea plantea una revisión crítica a la historia del constitucionalismo norteamericano, reivindicando el papel del pueblo en la interpretación constitucional. A la vez, presenta un contenido normativo anti-elitista que trasciende sus orígenes y que pone en cuestión la idea de que los jueces deban tener la última palabra en las controversias sobre derechos fundamentales. Esta faceta tiene su correlato en los diseños institucionales propuestos, propios de un constitucionalismo débil y centrados en la participación popular democrática.

Palabras clave

Constitucionalismo popular, constitucionalismo débil, última palabra, democracia participativa, procedimentalismo, pueblo, canales de mediación, populismo.

Abstract

Popular constitutionalism is a contemporary constitutional theory with a critical view of U.S' constitutional narrative focus on judicial supremacy. Instead, popular constitutionalism regards the people as main actor. It defends an anti-elitist understanding of constitutional law. From the institutional perspective, popular constitutionalism proposes a weak model of constitutionalism and a strong participatory democracy.

Keywords

Popular constitutionalism, weak constitutionalism, last word, participatory democracy, procedural democracy, the people, chains of communication, populism.

SUMARIO. 1. El constitucionalismo popular: Origen y perspectivas. 2. Caracteres. 2.1. Los desacuerdos sobre los derechos. 2.2. El constitucionalismo débil. 2.3. La democracia. 3. La crítica. 3.1. El pueblo. 3.2. Los canales de mediación. 3.3. Los resultados. 4. Conclusiones y desafíos pendientes.

1. El constitucionalismo popular: Origen y perspectivas

Recientemente ha tomado impulso una forma diferente de entender el constitucionalismo llamada "constitucionalismo popular". Esta corriente no surgió como un "nuevo" constitucionalismo en el sentido de adaptación de la academia a

nuevas constituciones o prácticas¹, sino como una revisión histórica crítica de la narrativa constitucional norteamericana. Uno de los principales exponentes de esta corriente es Larry Kramer (2004) que en su libro *The People Themselves* intenta reconstruir esa historia para, por un lado, desmontar la convencional aceptación de la supremacía judicial en la interpretación constitucional² y por el otro, rescatar el papel central que ha tenido el pueblo en la asignación de sentido e implementación de su carta fundamental. Junto a él están, aunque con diferencias, autores como Mark Tushnet (1999, 2006), Jack Balkin (1995), Richard Parker (1993), Robert Post y Reva Siegel (2004, 2009), Akhil Amar (1994) o Jeremy Waldron (2005), entre otros, quienes han cimentado esta visión constitucional que mira con desconfianza el elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea (Gargarella, 2006)³.

Así, en su aspecto “descriptivo”, el constitucionalismo popular da cuenta de los distintos actores que han participado y participan en la asignación de sentido de las cláusulas constitucionales en EEUU, enfatizando el papel que -en el desarrollo constitucional- han jugado las visiones populares (por momentos ubicándose en la vanguardia, borroso en otras ocasiones, pero siempre presente). Ahora bien, desde una perspectiva “normativa”, el constitucionalismo popular insta a que los puntos de vista de las personas comunes acerca de los significados constitucionales jueguen un papel tan importante como el que tienen las élites, especialmente los *justices* de la Corte Suprema, en la construcción de los entendimientos constitucionales (Tushnet, 2013a)⁴. Con esa lógica, el constitucionalismo popular considera valioso e incentiva las movilizaciones populares espontáneas que interpretan la constitución. De allí que por más que el constitucionalismo popular dé cuenta de la interpretación constitucional y del papel de las cortes supremas, legislaturas, partidos políticos, poderes fácticos, movimientos sociales, etc.; le interesan especialmente los últimos, es decir, aquellos intérpretes que, organizados o no, manifiestan sus entendimientos constitucionales desde la sociedad civil, sin tener cuotas formales de poder, ni un líder que pretenda adquirirlas, sino en tanto manifestaciones populares *bottom-top*⁵.

Trasladando esas inquietudes a la órbita institucional, el constitucionalismo popular propicia una idea de constitución flexible y no omnicomprensiva⁶, la interpretación extra-gubernamental de la constitución⁷, desafiando la supremacía

¹Como pretende ser el llamado neoconstitucionalismo, que se plantea como una adaptación de la teoría constitucional a las constituciones de la segunda post guerra mundial en Europa o bien a la interpretación constitucional de tipo *principalista*.

² Tomando la definición de Kramer (2004: 125), por supremacía judicial se entiende la idea según la cual los jueces tienen la última palabra cuando se trata de interpretar la constitución, determinando sus decisiones el significado de la constitución para todos. También Friedman (1998: 352) distingue entre el control judicial de constitucionalidad y el control con supremacía judicial: “... concept of judicial supremacy, meaning that a Supreme Court interpretation binds parties beyond those to the instant case, including other state and national governmental actors”. Tushnet (1999: 6-32) se pronuncia en contra de la supremacía judicial.

³ No estoy considerando aquí a autores como Barry Friedman (2003) ya que su “constitucionalismo popular mediado” a mi criterio, no sigue las notas distintivas de la corriente en estudio.

⁴ Si bien el constitucionalismo popular en principio combate la llamada “supremacía judicial” en la interpretación constitucional, también -ante teorías de tipo “departamentalistas” según las cuales los tres poderes del Estado tienen el mismo derecho a decidir qué es lo que se debe hacer según la constitución- insta a que haya una interpretación *no gubernamental* de la constitución y que de hecho ésta sea la interpretación autoritativa final. Véase Kramer (2004:106-107).

⁵ Aclarando que éstos movimientos sociales pueden tener cualquier contenido sustantivo o ideológico.

⁶ Con esta expresión quiero contraponer la idea de una constitución como guía para la deliberación política, a la idea de constitución como “huevo jurídico originario” (Forsthoff 1975: 242) según la cual la constitución encerraría una solución para cada problema jurídico que se presente. Esta última noción, sobre todo identificada con autores como Dworkin, estaría en las antípodas del constitucionalismo popular. En palabras de Tushnet (1999: 9, 12) se puede distinguir “...between the *thick* Constitution and the *thin* Constitution”, con el constitucionalismo popular reivindicando este último tipo.

⁷ Según Kramer (2005:1344), éste es el principio básico del constitucionalismo popular, es decir la idea de que los ciudadanos comunes son los intérpretes principales de la constitución, que sus visiones

judicial –y en ciertos casos incluso impugnando cualquier forma de control judicial de constitucionalidad⁸-, además intenta una mayor democratización y participación en las instituciones políticas y económicas (Gargarella, 2006) y recupera la relación entre derecho y política (Tushnet, 2006)⁹.

Tanto la perspectiva normativa como las propuestas institucionales han llevado a que académicos de distintas procedencias reflexionen sobre el constitucionalismo popular más allá de sus particularidades históricas y culturales¹⁰. De hecho, un claro eco de esta corriente ha resonado en el llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, el que ha generado nuevos desafíos empíricos e intelectuales a esta propuesta, como se verá más adelante. En lo que sigue entonces haré un breve repaso de los principales postulados del constitucionalismo popular, simplificando las diferencias que se hallan al interior de esta corriente¹¹, para luego reflexionar sobre los desafíos que presenta para el constitucionalismo contemporáneo.

2. Caracteres

2.1. Los desacuerdos sobre los derechos

Más allá de la obra de Waldron que puso el acento en este tema, lo cierto es que los populares en general ponen énfasis en la posibilidad de desacuerdos racionales y de buena fe sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Esta premisa va seguida de ciertas consecuencias: 1) al no poder establecerse algún criterio de verdad externo para resolver esas diferencias, tenemos que apelar a algún procedimiento para la toma de decisiones 2) las diferentes opiniones, en una democracia, deben respetarse de igual manera y tener el mismo valor al momento de tomar la decisión, 3) por tanto, sería insultante que un grupo de personas (los jueces) se yergan como superiores en sus opiniones frente a otras (legisladores, ciudadanía, etc.), 4) los procedimientos abiertos a la participación de todos los interesados dan legitimidad a la decisión, 5) se requiere una justificación intrínseca y no meramente instrumental de esos procedimientos para que sean legítimos, 6) todas las decisiones son revisables y falibles porque del hecho de que hoy triunfe una por ser la mayoritaria, no se desprende que mañana no pueda prevalecer una opinión diferente, 7) la disputa entre las distintas interpretaciones sobre el contenido constitucional es una disputa política, 8) la constitución es producto de una decisión política, 9) por eso la constitución es un documento jurídico- político y 10) es

acerca del significado de la constitución, expresadas colectivamente, reflejan la máxima autoridad cuando se trata de resolver desacuerdos acerca de lo que la constitución permite, prohíbe o requiere.

⁸ Para esto se basan en estudios empíricos sobre los efectos que ha tenido el control judicial de las leyes, desmistificando las visiones dominantes y mostrando la limitada capacidad de los tribunales para frenar o revertir las políticas adoptadas por los poderes ejecutivo y legislativo, o para imponer directamente su propia agenda. Véase Gargarella (2006). Asimismo algunos intentan demostrar cómo el sostener un compromiso fuerte con la idea de derechos no implica necesariamente apoyar un sistema institucional con control de constitucionalidad de las leyes y para ello se valen de la experiencia de países donde no existe tal control (fuerte) y se respetan igualmente los derechos fundamentales. Véase Waldron (1993: 19) y Tushnet (1999) que se ha pronunciado en contra del control judicial de constitucionalidad.

⁹ Para un desarrollo de estos puntos me permito remitir a Alterio (2014).

¹⁰ En este sentido se centran en una visión “general” del constitucionalismo según la definición de Waldron (2012: 3-5). También Waldron (2006: 1352) explica: “What is needed is some general understanding, uncontaminated by the cultural, historical, and political preoccupations of each society”. Lo que no quiere decir que el contexto cultural, histórico y político no sea importante o incluso determinante a la hora de pensar en aplicar las propuestas normativas e institucionales a determinadas realidades.

¹¹ Con respecto a las divergencias entre autores del constitucionalismo popular, véase Niembro Ortega (2013).

revisable, pues es producto de la voluntad popular prevalente en un momento determinado.

2.2. El constitucionalismo débil

En materia de modelo institucional y coherentemente con la idea de que el derecho es dinámico y cambiante en tanto instancia que traduce las decisiones políticas mayoritarias, el constitucionalismo popular propone dejarle la última palabra en materia de interpretación constitucional a la voluntad consistente y deliberada del pueblo (Gargarella, 2005: 165). Así, por un lado combate la idea del “precompromiso” como “autolimitación” de la soberanía popular que atrincherá derechos en las constituciones. Es decir, cuestiona las bondades de la rigidez fuerte de la constitución¹² e incluso de una carta de derechos fundamentales en las constituciones (Waldron, 1993). Por otro lado y, en lo relativo al control de constitucionalidad, propone un control *débil* que se caracterizaría porque: 1) la legislatura tiene el poder de repudiar las especificaciones (*specification*) –de principios constitucionales abstractos- que hacen los tribunales; y 2) el proceso interactivo de especificación y revisión –que se da entre los tribunales y la legislatura- debe hacerse a través del diálogo¹³, pudiendo ocurrir en un período de tiempo relativamente corto (Tushnet, 2003: 813-838).

2.3. La democracia

De estas construcciones no se desprende que los populares consideren que “la interpretación constitucional deba ser ‘mayoritaria’” (Gargarella, 2005: 164)¹⁴, sino más bien lo que propugnan es que detrás de ella haya una teoría acerca de lo que es la democracia (Balkin, 1997: 2372)¹⁵. Reconocen la importancia de los derechos fundamentales pero impugnan la idea de sustraerlos de la deliberación democrática, pues según creen, la mejor manera de proteger los derechos es dejándolos en manos de la ciudadanía. Lo que se encuentra de fondo es la convicción de que la democracia tiene un valor moral que el constitucionalismo no posee¹⁶. Así, se reivindica un “derecho fundamental a la democracia” que es un derecho a participar en condiciones de igualdad en las decisiones sociales sobre las cuestiones más importantes de principios (Waldron, 1993: 20, 36).

3. La crítica:

Estas ideas de democracia y participación popular a primera vista pueden parecer un tanto vagas o ingenuas. De hecho gran parte de las críticas que se han hecho a los populares pasan por la falta de definición del “pueblo” protagonista y, en segundo lugar, por la mínima concreción que se realiza sobre los mecanismos para hacer posible el ideal democrático que propician¹⁷. Otras críticas más fuertes se

¹² Por rigidez fuerte se entiende a los modelos de rigidez contramayoritaria, es decir aquellos que o bien establecen cláusulas de intangibilidad, o bien que para modificar la constitución prevén mayorías agravadas o el concurso de algún órgano no electo democráticamente.

¹³ Véase Niembro Ortega (2012) y Post (2014: 35-37)

¹⁴ “Entendiendo por mayoritaria la idea populista según la cual la interpretación debe seguir de modo más o menos inmediato, irreflexivo, incuestionado, las ocasionales preferencias que sostenga una particular mayoría social, en un momento determinado”.

¹⁵ Con sus palabras: “This theory requires, among other things, a theory of what democracy was”. Aunque no puede decirse que los populares adhieran a un único modelo de democracia, todos tienen en común el auspiciar modelos participativos.

¹⁶ Criticándose una visión del “constitucionalismo” que no se concibe sólo como una teoría normativa sobre las *formas* y *procedimientos* de gobierno, sino sobre el control, límites y restricciones al poder del Estado (Waldron, 2012: 12-13).

¹⁷ Véase Alexander y Solum (2004-2005).

concentran en los eventuales resultados que pudiera producir el dejar en manos de la gente común la interpretación de los derechos¹⁸. Veamos.

3.1. El pueblo

A pesar de “la falta de rigor conceptual en relación a la noción de pueblo que es posible advertir en el constitucionalismo popular” (Álvarez, 2013:82), se puede inducir de sus postulados que se entiende como un conjunto plural, con desacuerdos, operando de modo *permanente* y en igualdad de condiciones con el resto de los actores políticos. Así, el “pueblo” de los populares no se disuelve en un todo, sino que se va expresando ante conflictos y problemáticas puntuales, mostrando sus puntos de vista y sus disidencias tanto a través de sus representantes, como por medio de la opinión pública o los movimientos sociales. Es decir, se trata de una noción de pueblo plural y democrática que tiene como sustrato al individuo y no un todo orgánico, ni una sola conversación entablada por el tejido social¹⁹. Esto marca una diferencia fundamental con la idea de pueblo que maneja, por ejemplo, el populismo²⁰. En todo caso, se entiende al pueblo como agente político con una voluntad consciente que se trata de institucionalizar.

3.2. Los canales de mediación

La crítica que se hace a los populares por la “imposibilidad práctica” de establecer una comunicación fiel entre el pueblo y las instituciones no puede extenderse a todos. Waldron por ejemplo ha centrado la expresión popular en el voto y, en consecuencia, en los representantes del pueblo, es decir en el parlamento. Esto puede generar otras críticas pero no la aquí anunciada. Post y Siegel apuntan en cambio a la mediación de los tribunales para recibir los reclamos de los distintos movimientos sociales. Más recientemente Post se ha centrado en la opinión pública y en las elecciones como los canales de comunicación que permiten el autogobierno. En todo caso, los populares se ocupan de “mediar” la voluntad popular a través de instituciones, proponiendo cambiar el diseño para que la última palabra no esté en manos de la judicatura, pero apostando por un fortalecimiento tanto de las instituciones representativas como sociales. En este sentido Tushnet (en prensa: 12) es claro al explicar que el constitucionalismo popular no aboga por llamados a referéndums directos para las cuestiones constitucionales ni por tipos plebiscitarios de democracia, sino que es una práctica inserta en las estructuras de la contienda política ordinaria, asociada en particular con la discusión sobre cuestiones fundamentales de interpretación constitucional entre los partidos políticos.

3.3. Los resultados

Por último, ante la preocupación por eventuales contenidos regresivos en las decisiones tomadas más allá de los tribunales, vale decir que se “... olvida precisamente que las decisiones son inevitables y que el hecho de que uno de los procedimientos de decisión posibles sea falible no puede ser *por sí solo* una razón suficiente para descartarlo cuando todos los demás también lo son” (Bayón, 2004: 312). Por eso los populares insisten en que el compromiso con el juego democrático lleva precisamente a aceptar que puede haber ocasiones en que la mayoría se

¹⁸ Véase Chemerinsky (2004). En el ámbito europeo aunque sin referencia expresa al constitucionalismo popular, ideas parecidas sostiene Ferrajoli (2011, vol 2: 167,173).

¹⁹ “The individualistic aspect is crucial, and it is the condition that makes the collective people a composite unity, rather than an organic whole”. “...[T]he main political character of a democracy is not so much that the people are collectively involved but that they are involved as individuals, that they have an *equal political liberty*” (Urbinati, 2014: 162-163)

²⁰ Que ve al pueblo como unidad “omnicomprensiva” o “unitaria”. Para una diferenciación entre las ideas del constitucionalismo popular y el populismo constitucional, me permito remitir a Alterio (en prensa)

“equivoca” (Tushnet, 1999: 183 y ss). Pero en la medida en que las decisiones políticas de una comunidad se puedan discutir permanentemente, cualquier derrota es temporal y se puede revertir²¹. Así las virtudes democráticas no están en que los resultados de las decisiones sean “correctos”, sino en la posibilidad de cambiarlas porque no son un resultado fijo (Saffón y Urbinati, 2013: 460-462). De allí que el valor y significado de la democracia descansen en la persistencia del proceso²².

4. Conclusiones y desafíos pendientes

El constitucionalismo popular por un lado se ha desarrollado como un ejercicio a-teórico, basado en estudios históricos (Tushnet, 2013b: IX) que se ha esforzado en “re-conectar la historia constitucional norteamericana –y así, los orígenes de la revisión judicial de las leyes- con movimientos sociales y luchas de raíz popular” (Gargarella, 2006). Por otro lado, se ha sabido despegar de sus orígenes para formular apelaciones normativas a la teoría constitucional dominante y en este sentido, poner en jaque las justificaciones a los modelos institucionales vigentes, especialmente al control judicial de constitucionalidad. El desafío que queda pendiente es que un fenómeno constitucional, es decir la realidad institucional y práctica de algún país determinado, responda al modelo normativo del constitucionalismo popular.

Se puede apreciar un intento, en este último sentido, del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano²³. Allí encontramos diseños institucionales eclécticos, de constitucionalismo fuerte²⁴ pero con notas altamente participativas y no elitistas²⁵. Una participación que se prodiga a lo largo de los textos constitucionales en instituciones novedosas que no terminan de casar bien con los caracteres del constitucionalismo liberal clásico, también presentes en dichos textos. El reto para este “nuevo” constitucionalismo es hacer prevalecer la parte fuertemente democrática que pareció inspirar al constituyente latinoamericano frente a las notas *hiper-presidencialistas* y de concentración de poder que también se hallan presentes en las constituciones pero que, sobre todo, se han agudizado con prácticas de tipo *populistas*. Estas últimas notas se han reforzado con una serie de reformas y enmiendas constitucionales que hacen perder la esperanza de que un constitucionalismo popular sea posible en estos casos. La constante apelación a una idea de pueblo homogénea, la dialéctica amigo-enemigo, el utilizar métodos plebiscitarios como únicos canales de mediación con la voluntad popular en lugar de canales más deliberativos, debilitando los contrapesos institucionales y restringiendo la organización popular autónoma, hacen temer derivas autoritarias que nada tienen que ver con el ideal democrático al que se aspiraba o que propugna el constitucionalismo popular. Este mal populista lamentablemente se está extendiendo en Europa y en EEUU bajo expresiones de ultra-derecha *top-bottom*.

²¹En este sentido Waldron (2005: 351): si una institución que sí es electa y responsable toma la decisión *equivocada*, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *propio* error y no que se las haya impuesto el error de algún otro.

²² “Justifying political rights from the point of view of their consequences is a dangerous path toward democracy depreciation. We enjoy the right to vote not because this allows us to achieve good or correct outcomes [...] but in order to exercise our political freedom and remain free while obeying, even if the outcomes that our votes contribute to producing are not as good as we had foreseen or as *would be desirable*” (Urbinati, 2014: 17).

²³ Voy a entender como nuevo constitucionalismo latinoamericano al que se ha dado en Venezuela a partir de 1999, Ecuador a partir de 2008 y Bolivia a partir de 2009 con los cambios constitucionales. Para un análisis y comparación con otras corrientes constitucionales como el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo popular, remito nuevamente a Alterio (2014).

²⁴ Es decir, nos encontramos con constituciones rígidas y que prevén control judicial de constitucionalidad con última palabra.

²⁵ De hecho hay una voluntad expresa de “trascender el constitucionalismo de élites hacia un constitucionalismo popular” (Viciano Pastor, 2012: 42).

Por eso es pertinente poder distinguir las ideas democráticas que ilustran al constitucionalismo popular para hacer frente a estas *desfiguraciones*²⁶, sin renunciar a la soberanía popular ni al ideal democrático para pensar los desafíos del constitucionalismo actual.

Bibliografía

- ALEXANDER, L. y SOLUM, L. (2004-2005), "Popular? Constitutionalism?", *Harvard Law Review*, vol. 118, pp. 1594-1640.
- ALTERIO, A. M. (2014), "Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate", *Problema*, nº 8, UNAM, México, pp. 227-306.
- ALTERIO, A. M. (en prensa), "Constitucionalismo popular y populismo constitucional como categorías constitucionales". En: GARGARELLA, R. y NIEMBRO, R. (eds.), *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM,.
- ÁLVAREZ, L. (2013), "Sobre la idea de 'pueblo'. Contribuciones al constitucionalismo popular desde la teoría crítica y la filosofía latinoamericana". En: ALTERIO, A. M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coords.) *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, pp. 71-93.
- AMAR, A. (1994), "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V", *Faculty Scholarship Series*, Paper 982, pp. 457-508.
- BALKIN, J. (1995), "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, pp. 1935-1990.
- BALKIN, J. (1997), "The Constitution of Status", *The Yale Law Journal* 106, pp. 2313-2374.
- BAYÓN, J. C. (2004), "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo". En: BETEGÓN, J., DE PÁRAMO, J.R., LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, , Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 67-138.
- CHEMERINSKY, E. (2004), "In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism", *University of Illinois Law Review*, pp. 673-690.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, Trotta, Madrid.
- FORSTHOFF, E. (1975), *El Estado de la Sociedad Industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- FRIEDMAN, B. (1998), "The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: The road to Judicial Supremacy", *New York University Law Review*, vol.73, nº2, pp. 333-433.
- FRIEDMAN, B. (2003), "Mediated Popular Constitutionalism", *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 2595-2632.
- GARGARELLA, R. (2006), "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer", *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, nº 112.
- GARGARELLA, R. (2005), "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nº 1, pp.161-167.
- KRAMER, L. (2004), *The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York.
- KRAMER, L. (2005), "Undercover Anti-Populism", *Fordham Law Review*, vol. 73, pp. 1343-1359.
- NIEMBRO ORTEGA, R. (2012), "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 95, mayo-agosto, pp. 139-168.

²⁶ Por utilizar la caracterización del populismo que hace Urbinati (2014: 129).

- NIEMBRO ORTEGA, R. (2013), "¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad". En: ALTERIO, A.M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coords.) *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, pp. 3-33.
- PARKER, R. (1993), "Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto", *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, núm. 3, pp. 531-584.
- POST, R. y SIEGEL, R. (2004), "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *California Law Review*, 92, pp. 1027-1044
- POST, R. y SIEGEL, R. (2009), "Democratic Constitutionalism". En: BALKIN, J. y SIEGEL, R. (eds.), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 25-34.
- POST, R. (2014), *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge.
- SAFFÓN, M. P. y URBINATI, N. (2013), "Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty", *Political Theory*, 41 (3), pp. 441-481.
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- TUSHNET, M. (2003), "New Forms of Judicial Review and the persistence of Rights- and Democracy- Based Worries", *Wake Forest Law Review*, núm. 38, pp. 813-838.
- TUSHNET, M. (2006), "Popular constitutionalism as political law", *Chicago Kent Law Review*, 81, pp. 991-1006.
- TUSHNET, M. (2013a), "Popular Constitutionalism and Political Organization", *Roger Williams University Law Review*, nº 18, pp. 1-9.
- TUSHNET, M. (2013b), "Prefacio". En: ALTERIO, A. M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coord.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, pp. IX-XII.
- TUSHNET, M. (en prensa), "Constitutional Law: Critical and Comparative". En: GARGARELLA R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (eds.), *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM.
- URBINATI, N. (2014), *Democracy disfigured. Opinion, Truth and the People*, Harvard University Press, Cambridge.
- VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012), "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano". En: VICIANO PASTOR, R. (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 11-49.
- WALDRON, J. (1993), "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, nº 1, Oxford University Press, pp. 18-51.
- WALDRON, J. (2005), *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid.
- WALDRON, J. (2006), "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, 115, pp.1346-1406.
- WALDRON, J. (2012), "Constitutionalism: A Skeptical View", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 248, pp.1-45.

Buen gobierno económico Good economic governance

Alberto Palomar Olmeda
Universidad Carlos III de Madrid
alberto.palomar.olmeda@gmail.com

Recibido / received: 30/01/2016
Aceptado / accepted: 22/02/2016

Resumen

El presente trabajo trata de analizar el marco del denominado buen gobierno económico introducido con motivo de la publicación de la Ley 19/2013, de transparencia y buen gobierno. El concepto de buen gobierno ha sido objeto de una delimitación que incluye un conjunto de principios éticos, de actuación y, finalmente una diferenciación entre la actuación de los responsables públicos en el ámbito general y en el ámbito económico-presupuestario. El marco del buen gobierno económico no es realmente sencillo de ajustar en relación con el conjunto de la relación jurídica del alto cargo ni con el marco general de responsabilidad de los directivos públicos.

Palabras clave

Transparencia, buen gobierno, régimen económico-presupuestario, responsabilidad contable, responsabilidades directivos, estatuto alto cargo, régimen disciplinario.

Abstract

This paper analyzes the framework of so-called economic governance introduced on the occasion of the publication of Law 19/2013, of transparency and good governance. The concept of good governance has been the subject of a boundary that includes a set of ethical principles of action and ultimately a distinction between the conduct of public officials in general and in the economic and budgetary area. The framework of economic governance is not really easy to adjust in relation to the whole legal relationship high office or the general framework of accountability of public officials.

Keywords

Transparency, good governance, economic, budgetary, accounting liability, management responsibilities, senior status, disciplinary system.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El buen gobierno en su versión económica. 3. El reproche concreto en el ámbito de la disciplina presupuestaria. 3.1. Infracciones. 3.2. Sanciones. 3.3. Régimen de apreciación y valoración de la culpabilidad. 3.4. Efectos o consecuencias adicionales de las sanciones en la materia. 3.5. Tramitación y resolución del expediente. 4.- Las dificultades del marco de las denominadas infracciones en materia económico-presupuestaria.

1. Introducción

El concepto de buen gobierno en las instituciones públicas y privadas es, sin duda, un concepto omnicomprensivo en el que no parece demasiado necesario formular desgloses conceptuales sobre las diferentes facetas que conforman el mismo y en el que, muy a menudo, existen componentes de comportamiento ético, de gestión, de procedimientos, de ordenación de las organizaciones, etc. En suma, el buen gobierno es una forma diferente –y en gran medida convencional- de formar la voluntad de los órganos decisorios de una organización.

Podemos indicar que lo que hoy conocemos como buen gobierno, como los conceptos ligados al gobierno corporativo, al *compliance* y, en general, al *soft law*, son elementos de los que se han ido dotando las organizaciones y que se sitúan por encima de las propias exigencias de organización en su propia concepción legal para conseguir un mayor acierto, eficacia y ordenación de la gestión de las mismas.

A partir de ahí se articula un movimiento de diferente orden y liderado desde organizaciones aglutinadoras, en su mayor parte, de la iniciativa privada o de los intereses corporativos y empresariales que con instrumentos de todo tipo como códigos, informes, recomendaciones, etc., ha ido articulando diversos esquemas cuya finalidad última es conseguir la adhesión de las empresas a formas diferentes de gestionar los intereses económicos que representan dichas entidades. En muchos casos, este movimiento se ha mantenido en el ámbito de la voluntariedad y de la asociación individual. En otros, se introduce en las normas que regulan la actividad como un elemento imperativo. Este sería el ejemplo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del buen gobierno corporativo.

Su traslación al ámbito público (de la gestión pública) ha sido, sin duda, más tardío no porque la necesidad y la articulación de la misma sea de menor entidad sino porque el propio compromiso ético –como plus de exigencia en el ámbito público- ha estado muy en el plano de las formas voluntarias y solo ha tenido un mínimo reflejo legal con la publicación del EBEP.

El tiempo ha demostrado que lo público no podía quedar al margen del esfuerzo ético y de funcionamiento al que somete el conjunto de los actores en la sociedad actual y que la ubicación en el plano inferior de la pirámide administrativa de este tipo de compromisos no asegura el correcto funcionamiento de la Administración en su conjunto.

Como consecuencia de esta reflexión en el plano legislativo, se intenta paliar con algunas iniciativas legislativas que culminan con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y con la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (LAC)¹.

Desde esta perspectiva podemos indicar que la opción del legislador en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre es la de establecer un conjunto de principios y de medidas –algunas con reflejo disciplinario- que componen el concepto de buen gobierno que establece la ley. Desde una consideración general podríamos decir que el concepto final de buen gobierno ha consistido en la traslación al ámbito de los altos cargos de los principios éticos (Art. 53 del TREBEP) y de conducta (Art.54 del

¹ Ver lista de abreviaturas utilizadas al final de esta voz.

TREBEP) que se contienen en el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Al lado de esto se establece un conjunto de reproches que se ubican en el plano de la gestión económico-presupuestaria.

2. El buen gobierno en su versión económica

Señala el artículo 25 de la Ley 19/2013 que sus prescripciones se aplican al conjunto de las Administraciones Públicas aunque el grado definitivo de concreción no es idéntico.

De esta forma, en relación con la AGE, el artículo 25.1. establece que:

En el ámbito de la Administración General del Estado las disposiciones de este título se aplicarán a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella.

A estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses.

Al lado de esto y en lo que se refiere al resto de Administraciones, el artículo 25 establece:

2. Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales.

Esta remisión plantea, sin duda, una polémica nada menor en el ámbito de la Administración local y de menor entidad en el ámbito autonómico. Comenzando por éste segundo cabe indicar que la mayor parte de las Comunidades Autónomas han dictado sus propias normas de incompatibilidades de altos cargos o incluido las referencias a las mismas dentro de las leyes de Administración y gobierno de las mismas. Desde la perspectiva de lo que aquí se analiza lo que realmente nos importa reseñar es que las leyes autonómicas han resuelto, a estos efectos, la definición del ámbito de aplicación y que, por tanto, la configuración de un ámbito de aplicación en blanco como hace la Ley 19/2013 tiene sentido interpretativo real.

Problema diferente es del ámbito local. Con carácter general, el artículo 75 de la LBRL remite las incompatibilidades de los concejales y miembros de la corporación a tiempo completo y con percepción de retribuciones a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidad del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Luego su opción no es la de considerarlos altos cargos (al menos en este ámbito de las incompatibilidades) sino la de considerar que, cuando perciben retribuciones, tienen la condición de empleado público pero no de alto cargo. Ni siquiera cuando se trata de lo que LBRL llama "municipios de gran población" se produce este efecto de consideración de alto cargo. En este sentido se manifiesta el artículo 130.4 de la LBRL cuando señala que "[...]os órganos superiores y directivos quedan sujetos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación".

Esta mínima referencia al ámbito de aplicación nos permite señalar que se ha establecido sobre la base de los reenvíos sucesivos a normas de diferente condición un régimen ciertamente asimétrico que se entiende y concreta en el

ámbito de la AGE, puede llegar a concretar – si existe norma- en el ámbito de cada Comunidad Autónoma y realmente resulta, prácticamente, inaplicable para el ámbito local.

3. El reproche concreto en el ámbito de la disciplina presupuestaria

3.1. Infracciones

Con carácter previo a la consideración y análisis del régimen de infracciones podemos señalar que el modelo legal parte de considerar que las que se transcriben seguidamente son infracciones disciplinarias, esto es, infracciones en el marco de una relación especial de carácter específico que están fundadas en la existencia de un vínculo específico que une al interesado con la Administración. Normalmente se ha identificado la disciplina como una consecuencia o una herramienta de la relación jerárquica. Esta posición se presenta como difusa en el presente supuesto ya que la existencia de una relación jerárquica, en función de los sujetos obligados, su dispersión y su diferente extracción (pruebas selectivas, designación, elección) hacen muy difícil reconducir a la unidad el proceso. De ahí que sea más razonable ligar el régimen disciplinario a la existencia de un vínculo específico que liga al obligado con la respectiva Administración en la forma que sea acorde con la naturaleza del respectivo vínculo.

Lo que la Ley configura como el reproche concreto en materia de gestión económico-presupuestario se encuentra de una forma específica en el artículo 28 de la Ley 19/2013 cuando determina que tienen la consideración de infracciones muy graves las siguientes conductas:

Constituyen infracciones muy graves las siguientes conductas cuando sean culpables:

- a) La incursión en alcance en la administración de los fondos públicos cuando la conducta no sea subsumible en ninguno de los tipos que se contemplan en las letras siguientes.
- b) La administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- c) Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable.
- d) La omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria.
- e) La ausencia de justificación de la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, la normativa presupuestaria equivalente de las administraciones distintas de la General del Estado.
- f) El incumplimiento de la obligación de destinar íntegramente los ingresos obtenidos por encima de los previstos en el presupuesto a la reducción del nivel de deuda pública de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y el incumplimiento de la obligación del destino del superávit presupuestario a la

reducción del nivel de endeudamiento neto en los términos previstos en el artículo 32 y la disposición adicional sexta de la citada Ley.

g) La realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que no cuenten con la preceptiva autorización o, habiéndola obtenido, no se cumpla con lo en ella previsto o se superen los límites previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, y en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

h) La no adopción en plazo de las medidas necesarias para evitar el riesgo de incumplimiento, cuando se haya formulado la advertencia prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

i) La suscripción de un Convenio de colaboración o concesión de una subvención a una Administración Pública que no cuente con el informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas previsto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

j) La no presentación o la falta de puesta en marcha en plazo del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

k) El incumplimiento de las obligaciones de publicación o de suministro de información previstas en la normativa presupuestaria y económico-financiera, siempre que en este último caso se hubiera formulado requerimiento.

l) La falta de justificación de la desviación, o cuando así se le haya requerido la falta de inclusión de nuevas medidas en el plan económico-financiero o en el plan de reequilibrio de acuerdo con el artículo 24.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

m) La no adopción de las medidas previstas en los planes económico-financieros y de reequilibrio, según corresponda, previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

n) La no adopción en el plazo previsto del acuerdo de no disponibilidad al que se refieren los artículos 20.5.a) y 25 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, así como la no constitución del depósito previsto en el citado artículo 25 de la misma Ley, cuando así se haya solicitado.

ñ) La no adopción de un acuerdo de no disponibilidad, la no constitución del depósito que se hubiere solicitado o la falta de ejecución de las medidas propuestas por la Comisión de Expertos cuando se hubiere formulado el requerimiento del Gobierno previsto en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

o) El incumplimiento de las instrucciones dadas por el Gobierno para ejecutar las medidas previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

p) El incumplimiento de la obligación de rendir cuentas regulada en el artículo 137 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria u otra normativa presupuestaria que sea aplicable.

Realmente es difícil establecer una valoración general o simplemente una enunciación general que resuma los supuestos que acaban de transcribirse pero en un intento de conseguir dicho resumen podemos indicar que son susceptibles de reagruparse en dos ámbitos en los que se integran la mayor parte de los contenidos específicos que se incluyen en los apartados que acaban de transcribirse.

De esta forma podríamos decir que, de un lado, un amplio conjunto y, desde luego, el más novedoso trata de individualizar o de subjetivar la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones que, con carácter objetivo, establece la Ley 2/2012, de 27 de abril, General de estabilidad presupuestaria. De otro, se contemplan un conjunto de medidas que ya se contenían en la LGP² y en las leyes de Comunidades Autónomas y que se refieren a la gestión de fondos y la corrección de los trámites para la utilización de fondos públicos.

En punto a la valoración cabe indicar que, sin duda, haber centrado las responsabilidades derivadas de la Ley de Estabilidad presupuestaria en una serie de empleados públicos – utilizando esta denominación en su concepto más amplio- es, sin duda, una garantía del cumplimiento de dicha norma. Únicamente cabe la duda de si, realmente, estas obligaciones son o tienen un alcance general en materia de buen gobierno como para haber trascendido de la norma concreta a la general que supone la Ley 19/2013. Pero realmente se ha cubierto el hueco que dejaba aquella norma al señalar una serie de obligaciones que, finalmente, no tenían un responsable identificado y concreto y cuya desobediencia, hasta la publicación de la Ley 19/2013 carecía de efectos en el plano del estatus personal del incumplidor.

Frente al acierto genérico que puede predicarse de esta parte de las infracciones, el acierto o la utilidad de la reproducción de las que ya están previstas en otras normas (especialmente las previstas en el artículo 177 de la LGP) está más que en entredicho por la confusión que supone que unos mismos hechos puedan ser reprochados por la autoridades de hacienda y los órganos disciplinarios previstos en la Ley 19/2013 y que, adicionalmente, el fundamento de responsabilidad en uno y otro ámbito respondan, igualmente, a esquemas diferentes.

En este sentido conviene recordar que el artículo 178 de la LGP establece que:

1. Cuando el acto o la resolución se dictase mediando dolo, la responsabilidad alcanzará a todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la resolución adoptada con infracción de esta ley.
2. En el caso de culpa grave, las autoridades y demás personal de los entes del sector público estatal sólo responderán de los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal.

A estos efectos, la Administración tendrá que proceder previamente contra los particulares para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

3. La responsabilidad de quienes hayan participado en la resolución o en el acto será mancomunada, excepto en los casos de dolo, que será solidaria.

² El artículo 177 de la LGP establece que:

1. Constituyen infracciones a los efectos del artículo anterior:
 - a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.
 - b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
 - c) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.
 - d) Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta ley.
 - e) No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones.
 - f) Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurran los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta ley.
2. Las infracciones tipificadas en el número anterior darán lugar, en su caso, a la obligación de indemnizar establecida en el artículo anterior.

De esta forma unos mismos hechos están previstos en dos legislaciones, tienen dos procedimientos para la exigencia de la responsabilidad, dos autoridades sancionadoras y criterios diferentes de aplicación. En punto a esta última referencia (criterios de responsabilidad) el transrito 178 de la LGP se centra en la existencia de dolo o culpa mientras que el artículo 30.5 de la Ley 19/2013 se refiere a otros elementos que pueden integrar el reproche. En concreto, se señalan a) La naturaleza y entidad de la infracción; b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado; c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción; d) Las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva; e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa; f) La reparación de los daños o perjuicios causados.

E, incluso, finalmente cuando el apartado 5 del artículo 30 señala que:

En la graduación de las sanciones se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos, y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

Esta confusión entre el buen gobierno económico y las responsabilidad derivadas de la gestión presupuestaria no tiene un sentido claro y constituye un error el mantenerlo en las dos normas cuya consolidación no hace, finalmente, sino crear problemas de interpretación y aplicación.

3.2. Sanciones

La consideración de las conductas únicamente como infracciones muy graves conlleva que el régimen sancionador sea el previsto en el artículo 30 cuando señala las siguientes:

A) Declaración de incumplimiento y no percepción de indemnización al cese.

Se refiere a ambas el citado precepto cuando señala que:

3. En el caso de las infracciones muy graves, se impondrán en todo caso las sanciones previstas en el apartado anterior.

En este sentido, el apartado 2 al que se remite completa el régimen sancionador indicando que:

2. Por la comisión de una infracción grave se impondrán al infractor algunas de las siguientes sanciones:

a) La declaración del incumplimiento y su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado' o diario oficial que corresponda.

b) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo.

Esto nos permite señalar que, en la mayor parte de los casos, la sanción común será la declaración de incumplimiento y su publicación oficial ya que, tras las reformas introducidas por las normas de gasto, la mayor parte de los cargos públicos no tienen, en la actualidad, indemnizaciones al cese.

B) Destitución-Inhabilitación

A esta sanción se refiere el apartado 4 del artículo 30 cuando señala que:

4. Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años con arreglo a los criterios previstos en el apartado siguiente.

En relación con la inhabilitación hay, de nuevo, que señalar la peculiaridad de la aplicación de esta norma al ámbito local por un doble orden de razones. La primera, deriva de señalar que la condición de electo solo puede limitarse por la Ley orgánica electoral general. El artículo 6º de la misma establece las causas de inelegibilidad y la que aquí se ha establecido no ha encontrado reflejo en las citadas causas de inelegibilidad. Esto complica esencialmente la posibilidad de aplicación de la inhabilitación al ámbito local. La segunda, deriva de la propia la Ley 19/2013 que, como hemos señalado, en el artículo 25.3 señala que “3. La aplicación a los sujetos mencionados en los apartados anteriores de las disposiciones contenidas en este título no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar”.

El legislador fue consciente de este problema y así la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social establece en su Disposición final primera sobre adecuación de las causas de inelegibilidad que:

Las causas de inelegibilidad contenidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General se adecuarán, mediante la oportuna modificación legislativa, a las derivadas de las infracciones que en materia de buen gobierno se incluyan, en su caso, en normas de rango legal.

Por tanto, correspondía al legislador haber aclarado el problema interpretativo mediante la oportuna modificación de la LOREG pero, algunos años después de esta determinación, el legislador no ha producido el “acoplamiento” necesario y, por tanto, subsiste el problema interpretativo que se apunta en los apartados anteriores.

3.3. Régimen de apreciación y valoración de la culpabilidad

Aunque, formalmente, ya nos hemos referido a esta cuestión anteriormente de una forma incidental, sobre los criterios de valoración de la culpabilidad conviene incidir, por sistemática, en los que se encuentran el ámbito de la Ley 19/2013 con preterición, en este punto, de los que proceden o pueden hacerlo de la LGP.

El régimen específico se contiene en el apartado 5 del artículo 30 cuando señala que:

5. La comisión de infracciones muy graves, graves o leves se sancionará de acuerdo con los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los siguientes:

- a) La naturaleza y entidad de la infracción.
- b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.

- c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
- d) Las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva.
- e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
- f) La reparación de los daños o perjuicios causados.

En la graduación de las sanciones se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos, y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

Esto nos permite señalar que existe un doble criterio para la graduación de las sanciones. El primero, viene identificado por las causas generales que proceden por extrapolación del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP)³ y que, son, por tanto, las que se corresponden con la potestad sancionadora general. El segundo grupo procede de la normativa propia en la que se incluye la valoración de perjuicios para el interés públicos, la repercusión de la conducta en los ciudadanos y la percepción de cantidades por el desempeño de actividad públicas incompatibles.

Realmente una lectura detenida e integradora de los denominados requisitos específicos a los que nos hemos referido en segundo lugar nos llevaría a decir que, realmente, estaban ya contemplados entre los generales aunque, claro está, de una forma genérica y no específica.

3.4. Efectos o consecuencias adicionales de las sanciones en la materia

Incluimos en este apartado un conjunto de medidas de índole diversa y que son consecuencia de la especificidad que la aplicación del régimen de infracciones y sanciones conlleva en materia de buen gobierno económico.

De esta forma podríamos referirnos a las siguientes:

³ En el mismo sentido, el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público señala que:

1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.
2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.
3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:
 - a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
 - b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
 - c) La naturaleza de los perjuicios causados.
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior.
5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente de la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.
6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

- Prevalencia del reproche penal.

Más allá de que se trate de un principio ya consolidado en el ámbito de la coexistencia de reproches públicos es lo cierto que el apartado 6 del artículo 30 indica que "...6. Cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal...".

- Prevalencia del reproche específico.

Es el apartado 7 del artículo 30 el que se refiere a esta materia cuando señala que “[c]uando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel. No se considerará normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el artículo 28, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador”.

La verdad es que el apartado hasta el punto donde indica que la LGP no se considera una normativa especial a estos efectos podría haber sido, incluso, un elemento para la interpretación armonizada y acorde de las dos legislaciones. Sin embargo y como puede verse en la redacción literal se señala la compatibilidad del procedimiento de la LGP y el procedimiento de la Ley 19/2013 cuando, como se ha dicho, las causas son literalmente idénticas en ambos procedimientos y se produce un efecto evidente de contagio entre el bien jurídico perseguido por ambas en tanto que el artículo 30.8 señala que:

En todo caso la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará las siguientes consecuencias: a) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente. b) La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Luego se produce una identidad de reproches y un objetivo común: la reintegración de lo indebidamente percibido y este reproche se produce en dos ámbitos que, según la propia norma, son compatibles y diferenciados y que responden a un criterio único de evitar que un comportamiento de las autoridades públicas que no se ajuste a los criterios de gestión económico-presupuestaria pueda causar daño a la respectiva Administración.

3.5. Tramitación y resolución del expediente

En último término podemos referirnos a los elementos instrumentales y de competencia en relación con los órganos competentes para la instrucción de los expedientes y su sanción.

Podemos resumir esta cuestión en las siguientes referencias:

- El procedimiento sancionador se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia de los ciudadanos.

La responsabilidad será exigida en procedimiento administrativo instruido al efecto, sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas por si

procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable.

Se incluye aquí una referencia a un tercer ámbito de conflicto que se adiciona a los que hemos señalado en el apartado anterior. Adicionalmente a la competencia de la Ley 19/2013 y de la LGP, cuando los hechos puedan ser constitutivos de responsabilidad contable debe darse traslado de los mismos al Tribunal de Cuentas a los efectos de que el mismo decida si los hechos en cuestión pueden considerarse incursos en tal responsabilidad. La Ley 19/2013 se limita a señalar la obligatoriedad del traslado para que este órgano determine si considera oportuna la exigencia de responsabilidad contable sin que determine los efectos. Más allá de que la naturaleza de la función jurisdiccional del Tribunal entre siempre en entredicho parece razonable indicar que la asunción de la competencia por su parte debería conllevar la suspensión de los procedimientos derivados del buen gobierno económico y de las responsabilidades de la LGP.

- El órgano competente para ordenar la incoación será:

- a) Cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado, el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.
- b) Cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración General del Estado distintas de los anteriores, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.
- c) Cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración autonómica o local, la orden de incoación del procedimiento se dará por los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento.

- Instrucción

En los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado anterior, la instrucción de los correspondientes procedimientos corresponderá a la Oficina de Conflictos de Intereses.

En el supuesto contemplado en el apartado c) la instrucción corresponderá al órgano competente en aplicación del régimen disciplinario propio de la Comunidad Autónoma o Entidad Local correspondiente.

- Resolución

- a) Al Consejo de Ministros cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado.
- b) Al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas cuando el responsable sea un alto cargo de la Administración General del Estado.
- c) Cuando el procedimiento se dirija contra altos cargos de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de Administraciones en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento o, en su caso,

el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate.

4.- Las dificultades del marco de las denominadas infracciones en materia económico-presupuestaria.

Como conclusión de lo señalado en los apartados anterior podemos indicar que el concepto de buen gobierno económico ha venido a completar, en los aspectos económicos-presupuestarios, un conjunto de legislación dispersa que se aplica al régimen de responsabilidad de los altos cargos y miembros de los diferentes gobiernos.

Esta función con ser relevante y justificada desde una perspectiva general plantea una notable complejidad porque en el marco del actual reparto de competencias y con la ubicación del régimen de los altos cargos en el margen de las normas de autogobierno de las respectivas Administraciones Públicas, el sometimiento a un régimen común en materia económico-presupuestaria acaba chocando, en su pretensión de uniformidad, con el propio régimen estatutario de cada Administración. De esta forma puede decirse que la aplicación del régimen económico-presupuestario a las responsabilidad de los directivos locales está francamente mal resuelto y traerá problemas aplicativos ciertamente indudables.

Fuera de esta cuestión relativa al ámbito subjetivo y a sus dificultades para una penetración vertical en el conjunto de las Administraciones Públicas conviene indicar que, desde la perspectiva objetiva, las cosas no se han resuelto con mayor precisión.

De un lado, la duplicación del marco de responsabilidades con las que proceden del ámbito de la hacienda pública y la opción porque el reproche sea literalmente el mismo en ambas legislaciones plantea una problemática nada menor una vez que la propia norma admite la tramitación simultánea como si el reproche no fuera, finalmente idéntico. Esto planteará problemas sobre la aplicación del *non bis in idem* en relación con los hechos que se alegan y admiten o rechazan en ambos procesos e, incluso, sobre el propio título de imputación de la culpabilidad.

De otro, la subjetivación de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley general de estabilidad presupuestaria con ser una medida razonable para completar el marco obligacional que la misma determina, plantea notables problemas interpretativos para la identificación de la culpabilidad de la autoridades públicas en un marco tan complejo como el presupuestario y el de la propia norma donde muchas de las decisiones se adoptan directamente desde la propia ordenación legal.

Fuera de esto cabe decir que algunos otros elementos como el fraccionamiento de contratos, la reserva de facturas, etc., que constituyen malas prácticas de gestión y que han constituido una práctica tan evidente y visible en los últimos tiempos en la vida española no han encontrado un reflejo decidido en la norma y no forman parte del reproche que se incluye en la misma más pensado en clave de hacer que de dejar de hacer aunque, a veces, el daño sea mayor con la inacción que con la acción.

En consideración a lo anterior podemos indicar que las especialidades económico-presupuestarias incluidas en el ámbito del buen gobierno se conforman como un conjunto de actuaciones cuya individualidad es ciertamente compleja de apreciar y cuya utilidad a la vista del complejo esquema jurídico en el que se han

insertado es, sin duda, muy difícil pronosticar aunque, ciertamente, induce a pensar que son más las ilusiones puestas en la norma que su virtualidad real.

Bibliografía

- COTINO HUESO, L. (2014), "El derecho fundamental de acceso a las información, la transparencia de los poderes públicos y el gobierno abierto. Retos y oportunidades". En: VALERO TORRIJOS, J. y FERNANDEZ SALMERON, M. (Coordinadores), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*, Pamplona, Aranzadi, pp. 37-71.
- DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2014), "Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflictos de intereses". En: GUICHOT REINA, E. (Coordinador), *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Madrid, Tecnos, pp. 247-290.
- GUICHOT REINA, E. (dir.) (2014), *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Tecnos, Madrid.
- JIMENEZ ASENSIO, R., VILLORIA MENDIETA, M. y PALOMAR OLMEDA, A. (2009), *La dirección profesional en España*, Marcial Pons, Madrid.
- VILLORIA MENDIETA, M. (dir.) (2012), *El marco de integridad institucional en España*, Tirant lo Blanc, Valencia.
- VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERO SANCHEZ, A. (2016), *Ética pública y Buen Gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*, Tecnos, Madrid.

Abreviaturas utilizadas

- Ley 19/2013: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- LAC: Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. (LAC)
- LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
- LGO: Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
- LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
- LRJAP: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- TREBEP: el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Emergencia económica (a la luz del caso argentino)

Economic emergency

Juan Santiago Ylari
Universidad de Buenos Aires
juan@ylarri.com.ar

Recibido / received: 22/02/2016
Aceptado / accepted: 09/03/2016

Resumen

En la Argentina se da el fenómeno de la emergencia económica permanente. En el artículo se estudia el concepto de la emergencia económica y su relación con el concepto de poder de policía. Se analizan las características de la emergencia económica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina y los requisitos para la validez de las normas de emergencia. Finalmente, se estudian los diversos mecanismos normativos para hacer frente a las crisis económicas, y se hace referencia a las consecuencias de la emergencia económica para el Estado de Derecho.

Palabras clave

Emergencia económica, estado de excepción, poder de policía, decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa.

Abstract

In Argentina there is a permanent economic emergency. We will study the concept of economic emergency and its relation to the concept of police power. We will analyze the characteristics of the economic emergency in the case law of the Supreme Court of Argentina and the conditions for the validity of the emergency regulations. Finally, we will study various regulatory mechanisms to deal with economic crisis, and we will refer to the implications of the economic emergency for the rule of law.

Keywords

Economic emergency, state of emergency, police power, decrees of need and urgency, delegation of legislative powers.

SUMARIO. 1. La emergencia económica como instituto de excepción
2. La emergencia económica y el reconocimiento del poder de policía amplio. 3. Características de la emergencia económica y los requisitos para su validez, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. 4. Mecanismos normativos de la emergencia económica. 5. Consecuencias de la emergencia económica y la emergencia económica permanente.

1. La emergencia económica como instituto de excepción

La Constitución argentina (CA) prevé diversos institutos de excepción para hacer frente a situaciones excepcionales, fuera de los períodos normales que la Constitución está destinada a regular con carácter habitual y permanente. En efecto, la Constitución configura un determinado proyecto en relación con una situación considerada normal y previsible, pero puede verse súbitamente confrontada con una situación distinta, no prevista, por lo que la Constitución puede encontrarse en una situación de no poder asegurar su propia eficacia (Cruz Villalón, 1984: 18). La necesidad y la emergencia deben resolverse agotando al máximo todos los recursos que la Constitución contempla, instrumentándolos incluso de modo peculiar para encarar la situación de necesidad, con modalidades que no serían aceptables en épocas de normalidad, pero que sí se “constitucionalizan” en períodos de emergencia (Sagües, 1990: 1036)¹.

Si bien la gama de emergencias es muy variada², Bidart Campos (1995: 301) las agrupa en tres categorías: la guerra, equiparable al “ataque exterior”; los desórdenes domésticos o la “commoción interna”; y la crisis económica. Entre los institutos de excepción, la Constitución argentina, hasta la reforma de 1994, siempre reguló uno sólo: el estado de sitio, aplicable a las emergencias de la guerra, y a la commoción interior, en su art. 23³. También puede incluirse dentro de estos institutos a la intervención federal prevista en el art. 6⁴ (Dalla Vía, 2002a: 40).

Luego de la reforma constitucional de 1994 se admitieron dos tipos más de institutos de excepción: las que dan lugar a la delegación legislativa y las que autorizan el dictado de decretos de necesidad y urgencia (Gelli, 2008: 309; Dalla Vía, 2002b: 760), institutos dentro de las cuales puede incluirse a la emergencia económica. En este sentido, cabe precisar que a diferencia del estado de sitio y de la intervención federal, la emergencia económica en un principio no tuvo recepción en la Constitución formal, sino que formaba parte del derecho constitucional consuetudinario, que fue elaborando una serie de normas, generalmente de origen judicial, en torno a las condiciones y límites del derecho de emergencia enunciado

¹ Bidart Campos (1995: 299) define a las emergencias como situaciones anormales o casos críticos que, previsibles o no, resultan extraordinarias o excepcionales. Afirma que aquel carácter excepcional proviene sobre todo de que al fenómeno se lo considera patológico dentro del orden previsto en la Constitución, por lo que siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la defensa del estado de necesidad.

Por su parte, la Corte Suprema argentina, en relación al concepto de emergencia ha sostenido que “abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución” (caso Peralta, 1990).

² Linares Quintana (1953: 410) distinguió diversos “institutos de defensa del orden constitucional en situaciones de emergencia”, entre los que destacaba el estado de asamblea, la ley marcial, las facultades extraordinarias o suma del poder público, el estado de prevención y de alarma, el estado de guerra interno, y la revolución. Más recientemente, se ha ocupado del tema Sacristán (2014).

³ “En caso de commoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”.

⁴ “El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”.

en las leyes y decretos que lo declararon y aplicaron (Sagües, 1990: 1036). De este modo, en el art. 76⁵ de la Constitución se utiliza la locución “emergencia pública” para admitir excepcionalmente la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo “con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”, y el art. 99, inc. 3⁶ establece que el Poder Ejecutivo puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia solamente “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”.

Así las cosas, como bien pone de relieve Bianchi (1991a: 141), del mismo modo en que el estado de sitio político, previsto en el art. 23 CA restringe fuertemente los derechos de contenido personal, la emergencia económica implica un “estado de sitio económico”, habida cuenta de que las normas que declaran la emergencia económica restringen fuertemente los derechos de contenido económico.

A su vez, de forma particular sobre el concepto de emergencia económica, se ha indicado que su definición o su contextualización no es fácil, y se sitúa en el marco de la gravedad, anormalidad y excepcionalidad (Bidart Campos, 2000: 358; Dalla Vía, 2006: 405) e implica, como principio, la sustitución de un Derecho normal por uno excepcional (Hutchinson, 2002: 339).

2. La emergencia económica y el reconocimiento del poder de policía amplio

La emergencia en el terreno económico y social ha estado ligada desde un principio al concepto de poder de policía (*police power*), proveniente del derecho norteamericano (Dalla Vía, 2006: 437). Si bien la Constitución argentina, al igual que la Constitución norteamericana, no contiene una disposición específica sobre poder de policía, la existencia de una potestad policial fue afirmada desde los albores del constitucionalismo tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que hay disposiciones constitucionales que confieren una base normativa al poder de policía, como los artículos 14⁷ y 28⁸ CA que se refieren a la restricción de los derechos y garantías (Legarre, 2004: 234).

⁵ “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

⁶ El art. 99, inc. 3 en su parte pertinente indica: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

⁷ “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (...”).

⁸ “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

De este modo, se ha definido al poder de policía como la facultad del Estado de reglamentar o limitar el ejercicio de los derechos individuales para asegurar determinadas finalidades con el consiguiente efecto de limitar los derechos individuales para hacer efectivos esos objetivos concretos. Se distingue un concepto restringido (*narrow*) de poder de policía, que comprende la seguridad, salubridad o moralidad (casos Plaza de Toros, 1869, y Los Saladeristas, 1887), y un concepto amplio (*broad and plenary*) de origen norteamericano, que agrega el bienestar general (Bidart Campos, 2000: 344; Hernandez, 2004: 358). Dentro de este último se sitúa la “policía de emergencia” (caso Russo, 1959).

Sobre el poder de policía amplio, Marienhoff (2011, IV: 694) sostiene con claridad que adoptar la tesis amplia de poder de policía sólo significa que el poder de policía abarcará o se aplicará con relación a un extenso campo, pero en modo alguno significa que, para lograr sus propósitos, la autoridad pública –Congreso o Ejecutivo– pueda prescindir de garantías y derechos esenciales acordados por la Constitución.

En relación al reconocimiento del ejercicio del poder de policía amplio, la Corte Suprema argentina ha seguido de cerca a la Suprema Corte estadounidense. De este modo, en una primera etapa primó una concepción “liberal”, favoreciéndose la vigencia efectiva del derecho en desmedro de las facultades de regulación del legislador, en la que se destaca el precedente “Hileret” (1903). En la segunda etapa, la interpretación expuesta varió, declarándose que no resultaban incompatibles con la Constitución distintas regulaciones, más o menos intensas, de los derechos patrimoniales, en los que se destacan los precedentes “Ercolano” (1922), “Avico” (1934), “Callao” (1960) y “Peralta” (1990) (Cianciardo 2004 y 2005; Bianchi, 1991b, 1999 y 2002a). Si bien con motivo de la profunda crisis económica suscitada en Argentina a finales del año 2001 la Corte Suprema dictó sentencias como “Smith” (2002), “San Luis” (2003) y “Tobar” (2002) en los que podía ser visto como un posible inicio de cambio jurisprudencial y una ruptura con la doctrina favorable a la limitación de las libertades económicas iniciada en la década de los años 20 (Sola, 2009a: 435), la Corte Suprema finalmente convalidó las medidas tendientes a paliar la crisis de finales del año 2001 en el precedente “Bustos” (2004) y “Massa” (2006). En este último caso, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de las normas que habían dispuesto la “pesificación” de depósitos bancarios expresados en moneda extranjera, e indicó que se trataba de dar una “respuesta institucional” ante las decenas de miles de litigios que se habían planteado.

En el mismo sentido, en Estados Unidos el precedente más paradigmático sobre la primera etapa fue el caso “Lochner” (1905). Con posterioridad, la depresión de los años 30 obligó a la adopción de medidas de emergencia, por lo que la era del no intervencionismo comenzó a declinar rápidamente con las sentencias dictadas en los casos “Home Building and Loan Association v. Blaisdell” (1934), “Nebbia v. New York” (1934) y “West Coast Hotel v. Parrish” (1937) (Chemerinsky, 2002: 598; Tribe, 2000: 1352).

3. Características de la emergencia económica y los requisitos para su validez, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina

A lo largo de su jurisprudencia la Corte Suprema ha ido delineando el concepto de la emergencia económica, sus características y los requisitos para su validez. Así, el máximo tribunal sobre la emergencia económica ha destacado que se refiere a un régimen jurídico cuya esfera de licitud ha sido caracterizado a través de precedentes que se remontan al caso “Ercolano” (1922) conservando vigencia plena y actual (caso Nordensthol, 1985).

De este modo, el poder de policía de emergencia no nace fuera de la Constitución Nacional sino dentro de ella (caso Rinaldi, 2007), por lo que en determinados casos es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad (caso Vicente Martini, 1944), ya que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (caso Perón, 1957).

La doctrina de la emergencia económica ha sido expuesta con claridad por la Corte Suprema en el precedente “Risolía de Ocampo” (2000):

cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad. De ello se desprende que si, por razones de necesidad, sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad, sino que sólo limita temporalmente la percepción de aquéllos o restringe el uso de ésta, no hay violación del art. 17 de la Constitución, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis. En el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos y todos están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio.

Las diversas pautas que aseguran la validez del ejercicio del poder de emergencia fueron expuestas de modo sistemático por la Corte Suprema en 1934, en el precedente “Avico” (1934). Si bien estos requisitos están pensados para un caso concreto, no puede dudarse que son útiles como pauta orientadora para otros pronunciamientos (Bianchi, 1991a: 141). Ellas son: 1) la existencia de una emergencia que obligue al ejercicio de poderes de excepción a fin de proteger los intereses vitales de la sociedad; 2) que la ley esté dirigida a satisfacer un interés legítimo y no para ventaja de un grupo de individuos; 3) que el remedio empleado sea proporcionado y justificado por la emergencia; 4) que el plazo otorgado por la ley sea razonable y no perjudique a ninguna de las partes; y 5) que la ley sea de vigencia temporal, circunscripta a la emergencia que la originó.

En el mismo sentido, en relación a las normas de emergencia económica, más recientemente el máximo tribunal puso de relieve que “si bien la emergencia puede autorizar ciertas restricciones de derechos individuales, ello nunca justifica la desnaturalización o supresión de su sustancia; ni la autoridad estatal puede válidamente trasponer el límite que señala el artículo 28 de la Constitución”, es decir, la razonabilidad de la medida (caso Unión de Usuarios y Consumidores, 2014)⁹.

Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina ha advertido que el control de razonabilidad de las normas de emergencia económica efectuado por la Corte Suprema ha sido débil (Gelli, 2008: 88) y poco profundo (Bianchi, 2002b: 309; Cayuso, 2005: 1319).

⁹ Sobre el principio de razonabilidad ver la obra clásica trabajo de Linares (2002). A su vez, en relación al control de razonabilidad de la emergencia económica y el análisis costo beneficio ver Sola (2006: 751), Sacristán (2005: 132) e Ylarri (2013a). Asimismo, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la emergencia económica, ver Ylarri (2015a).

4. Mecanismos normativos de la emergencia económica

Se han utilizado diversos mecanismos normativos en la reglamentación o limitación en el ejercicio del poder de policía de emergencia. Estos “modelos instrumentales” (Gelli, 2002: 33) son: las leyes, la delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia.

En un primer momento, la Corte Suprema aceptó la regulación más estricta de los derechos personales, especialmente los derechos de propiedad y de contratar, y fue el Congreso mediante el dictado de leyes quien ejerció esa reglamentación en ejercicio del poder de policía. El Congreso dictó estas normas con sustento en el actual art. 75, inc. 18¹⁰, la llamada “cláusula del progreso” y el art. 14, que indica que los derechos se ejercen de conformidad a las leyes que reglamentan su ejercicio. En relación a la interpretación del primero de los preceptos mencionados, se ha dicho que la Corte Suprema pasó de admitir una cada vez mayor intervención del Estado en materia económica y social, fundada en la necesidad de procurar el bienestar general y el progreso, a convalidar los remedios que ideaba el Poder Legislativo para resolver las crisis sectoriales o generales que se presentaban (Gelli, 2002: 35).

Así, en distintos fallos la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de las diferentes regulaciones legales sancionadas en ejercicio de la policía de emergencia, como por ejemplo, la regulación del precio de los de las locaciones urbanas (caso Ercolano, 1922), el otorgamiento de moratorias hipotecarias y la reducción de las tasas de interés (caso Avico, 1934), la suspensión de los juicios de desalojo (casos Nadur y Russo, 1959); la fijación de precios máximos a productos y mercaderías de primera necesidad (caso Vicente Martini, 1944), la obligación de contratar personas en atención al desempleo de un cierto sector (caso Cine Callao, 1960) y la consolidación de las deudas del Estado Nacional (Hagelin, 1993), entre muchos otros.

En segundo lugar, otro de los instrumentos normativos para hacer frente a una emergencia económica es la delegación legislativa¹¹. Si bien la delegación legislativa tuvo recepción constitucional en la reforma constitucional de 1994 que incorporó el art. 76 antes mencionado, a lo largo de su jurisprudencia la Corte Suprema fue delimitando su utilización. Así, con sustento en el actual art. 99, inc. 2¹² CA el Poder Ejecutivo dictaba reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios de leyes, que eran utilizados siempre que lo requiriera la aplicación de las leyes. De este modo la Corte Suprema en el precedente “Praticco” (1960) admitió la constitucionalidad de un decreto por el cual se había establecido un aumento mínimo en los salarios en atención a la situación de emergencia, en tanto la “política legislativa” había sido “claramente establecida”.

Sin embargo, en relación a la delegación legislativa cabe destacar de forma particular la sanción de la ley 25.561 que, para hacer frente a la crisis de finales del

¹⁰ El art. 75, inc. 18 CA determina que corresponde al Congreso: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

¹¹ En relación a la delegación legislativa, ver los trabajos de Bianchi (1990) y de Santiago y Thury Cornejo (2003).

¹² El art. 99, inc. 2 CA indica que el Presidente de la Nación “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

año 2001, y con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 CA, declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional numerosas facultades, por el término de dos años. Sin embargo, cabe destacar que la mencionada norma ha sido prorrogada en nueve ocasiones, y estará vigente hasta finales del año 2017, por lo que su vigencia superará los tres lustros, pudiendo hablarse entonces de una emergencia sin fin (Ylarri, 2013b). Sobre la ley citada, la doctrina ha puesto de relieve que aquellas facultades delegadas se aproximan peligrosamente a la prohibición del art. 29¹³ que determina que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público (Bianchi, 2002: 23).

En tercer lugar, cabe destacar que otro de los mecanismos utilizados para hacer frente a la emergencia económica son los decretos de necesidad y urgencia. Este instituto no estuvo previsto en la Constitución hasta la reforma constitucional de 1994, que incorporó el art. 99, inc. 3 CA y tuvo la finalidad de regularlos a fin de limitar su utilización. El Poder Ejecutivo hizo uso de esta herramienta con carácter previo a 1994, creando en el año 1985 el signo monetario “Austral” a fin de hacer frente a la crisis económica entonces imperante en el país, o por ejemplo en el año 1990 se dispuso limitar la devolución de los depósitos a plazo fijo, abonándose el excedente con bonos externos. Ambos decretos fueron convalidados por la Corte Suprema (casos Porcelli, 1989; y Peralta, 1990, respectivamente). En el último de los precedentes citados, el máximo tribunal admitió la constitucionalidad de la norma en atención a la situación de “grave riesgo social” y al “descalabro económico generalizado”.

Con posterioridad a la reforma, el máximo tribunal se refirió en numerosos precedentes en relación a los decretos de necesidad y urgencia, admitiendo su competencia para evaluar la existencia de un estado de necesidad que habilite dictar los decretos en cuestión (casos Verocchi, 1999; Cooperativa del Trabajo Fast Limitada, 2003; Consumidores Argentinos, 2010; Asociación Argentina de Compañías de Seguros, 2015). En algunos casos declaró la inconstitucionalidad de los mismos por tratarse de una crisis sectorial y no del conjunto de la sociedad (caso Risolía de Ocampo, 2000), o en atención a que incursionaban en materia tributaria, cuestión vedada por el principio de legalidad (casos Video Club Dreams, 1995, y Spak de Kupchik, 1998). A su vez, en otros casos, admitió la reducción del salario de empleados públicos (caso Guida, 2000).

5. Consecuencias de la emergencia económica y la emergencia económica permanente

La emergencia económica, al igual que otros institutos de excepción, se caracteriza por dos cuestiones fundamentales: por un lado se acrecientan ciertas competencias del poder, reforzando algún órgano del poder. Por el otro, originan una restricción a las libertades, derechos y garantías individuales (Bidart Campos, 1995: 301; Hernandez, 2004: 322; Ekmekdjian, 2008: 279; Barcesat, 2003: 1078; León Zaa, 2014: 133; Gross y Ni Aolaín, 2006: 58).

Así, en la Argentina, las crisis económicas y sociales han generado mayores demandas al Estado, y es el Poder Ejecutivo quien ha adquirido un rol preponderante en la adopción de las medidas tendientes a hacer frente a la

¹³ “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

emergencia económica (Ylari, 2015b). Se advierte que las limitaciones a las libertades económicas, fundamentalmente al derecho de propiedad y la libertad de contratar, se efectuaron en un primer momento mediante el dictado de leyes. Luego, las limitaciones se realizaron principalmente a través del dictado de decretos de necesidad y urgencia, y de la delegación legislativa. En esta línea, se ha destacado que la emergencia económica altera los roles institucionales: “Está hecha para el Ejecutivo, porque es el único que llega a tiempo. El Legislativo la refrenda. El Judicial, alguna vez, la corrige en sus efectos” (Frias, 1992).

Finalmente, cabe destacar que la doctrina, tanto constitucionalistas (Bianchi, 1991a: 171; Badeni, 2007: 1039; Dalla Vía, 2002: 757; 2007, 48; Gelli, 2007: 1120; Vanossi, 2003: 950; Perez Hualde, 2006: 872) como administrativistas (Gordillo, 2002: 1050; Coviello, 2009: 1086) y otros autores (Lorenzetti, 1993: 811; Guibourg, 2003: 1061), coinciden en que en la Argentina se genera el problema de la emergencia permanente, y de la necesidad de ponerle fin, ya que produce efectos devastadores (Lorenzetti, 2003: 1207). En este sentido, se ha destacado que la emergencia es una realidad cotidiana, y que el derecho excepcional se ha convertido en normal (Hutchinson, 2002: 343), y que si bien la situación de emergencia tiene connotaciones de transitoriedad, es notorio que la emergencia ha durado ya más de 90 años, con breves interrupciones. De esta forma, se dice que del concepto de “emergencia” se ha usado y abusado en nuestro país (Ekmekdjian, 2008: 279). En este sentido, como bien pone de relieve Sola (2009: 1223) si bien la noción de emergencia económica tuvo su origen en la jurisprudencia asociada con el *New Deal* en Estados Unidos, la principal diferencia es que aquélla tuvo una limitación temporal. En cambio, en nuestro país, aparece el oxímoron de la emergencia permanente.

En función de todo lo expuesto, puede concluirse que si bien la Constitución argentina es una Constitución rígida en la terminología de Bryce (2015), en virtud de la emergencia económica “endémica” en que se encuentra sumida la Argentina, se ha llegado a tener un sistema de Constitución flexibilizada, modificable a voluntad del Congreso y del Poder Ejecutivo (Bianchi, 2002: 23). En este sentido, se ha indicado que la doctrina de la emergencia económica se ha reiterado sistemáticamente a fin de justificar el sometimiento de la Constitución a los sucesivos poderes políticos (Cayuso, 2005: 1319). Así las cosas, se advierte que la Corte Suprema a lo largo de las décadas ha tolerado las medidas adoptadas por los poderes públicos con sustento en una emergencia económica, admitiendo en ciertos casos vulneraciones claras a derechos protegidos constitucionalmente.

Bibliografía

Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- BIANCHI, A. B. (1990), *La delegación legislativa*, Buenos Aires, Abaco.
- BIANCHI, A. B. (1991a), “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 1991-C, p. 141-171.
- BIANCHI, A. B. (1991b), “Las llamadas ‘libertades preferidas’ en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”, *Régimen de la Administración Pública*, núm. 146, pp. 7-49.
- BIANCHI, A. B. (1999), “Apunte preliminar para el estudio de la historia del Derecho Constitucional”, *Revista Jurídica Argentina El Derecho, Suplemento Derecho Constitucional*, 15 de julio, pp. 1053-1065.

- BIANCHI, A.B. (2002a), "La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta desjuridiza absolutamente (análisis de la ley 25.587)", *Debates de Actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Vol. 187, pp. 23-27.
- BIANCHI, A. B. (2002b), *Control de Constitucionalidad, Tomo I*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires.
- BIANCHI, A. B. (2002c), *Control de Constitucionalidad, Tomo II*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires.
- BADENI, G. (2007), "Emergencia económica y Estado de Derecho", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2007-A, pp. 1039-1045.
- BARCESAT, E. S. (2003): "El concepto de emergencia en el derecho. Aportes desde una teoría crítica", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2003-E, p. 1078-1083.
- BIDART CAMPOS, G. (1995), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I*, Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, G. (2000), *Manual de la Constitución Reformada, Tomo I*, Ediar, Buenos Aires.
- BRYCE, J. (2015), *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CHEMERINSKY, E. (2002), *Constitutional law: principles and policies*, 2º ed, Wolters Kluwer Law and Business, New York.
- CAYUSO, S. (2005), "La emergencia económica y la Constitución. Crónica de un pasado y presente contradictorios y de un futuro incierto. En busca de los controles perdidos", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2005-C, p. 1319-1343.
- CIANCIARDO, J. (2004), "Los límites del sistema normativo (Consideraciones a propósito de la analogía, la justicia distributiva y el derecho de propiedad)", *Revista Jurídica Argentina La Ley, Suplemento Actualidad*, 10 de agosto, p. 2-8.
- CIANCIARDO, J. (2005), "Derecho constitucional de emergencia y justicia. Interpretación por analogía", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 28 de enero, p. 1-4.
- CRUZ VILLALON, P. (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid.
- COVIELLO, P. J. J. (2009), "El control judicial de la emergencia", *Revista Jurídica Argentina Jurisprudencia Argentina*, t. 2009-I, p. 1086-1097.
- DALLA VÍA, A. R. (2002a), "El problema de la naturaleza jurídica de la emergencia", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Vol. 283, págs. 37-45.
- DALLA VÍA, A. R. (2002b), "La doctrina constitucional de la emergencia". En: DALLA VÍA, A. R. (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, pp. 757-767.
- DALLA VÍA, A. R. (2006), *Derecho constitucional económico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- DALLA VÍA, A. R. (2007), "La doctrina constitucional de la emergencia y el derecho de propiedad", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Suplemento Especial "La emergencia y el caso Massa", pp. 48-54.
- EKMEKDJIAN, M. A. (2008), *Manual de la Constitución Argentina*, 6º Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires.
- FRÍAS, P. J. (1992), "¿Separación de poderes o qué?", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, diario del 3 de noviembre, pp. 1-4.
- GELLI, M. A. (2002), "La doctrina de la emergencia económica y el control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino". En: LORENZETTI, R.L. (dir.), *Emergencia pública y reforma al régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, pp. 25-52.

- GELLI, M. A. (2007), "El caso 'Massa': fin de un capítulo en la pesificación de los depósitos bancarios", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2007-A, p. 1120-1122.
- GELLI, M. A. (2008), *Constitución de la Nación argentina, Tomo I. Comentada y concordada*, 4 ed., La Ley, Buenos Aires.
- GORDILLO, A. (2002), "El Estado de Derecho en estado de emergencia". En: LORENZETTI, R.L. (dir.), *Emergencia pública y reforma al régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, pp. 53-62.
- GROSS, O. y NÍ AOLÁIN, F. (2006), *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GUIBOURG, R.A., "Norma, coyuntura y emergencia", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2003-E, pp. 1061-1065.
- HERNÁNDEZ, A.M. (2004), "Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos". En AA.VV., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, pp. 319-406.
- HUTCHINSON, T. (2002), "La actual crisis y su solución desde el derecho". En: HUTCHINSON, T. (Dir.), *Revista de Derecho Público 2002-2, La Emergencia económica (segunda parte)*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2002, pp. 337-368
- LEGARRE, S. (2004), *Poder de policía y moralidad pública*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires.
- LEÓN ZAA, Juan Carlos (2014), *El estado de excepción en el constitucionalismo andino: especial consideración de Chile y Perú*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://eprints.ucm.es/24605/1/T35116.pdf> (fecha de consulta: 18 de enero de 2016).
- LINARES, J. F. (2002), *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2 ed., Astrea, Buenos Aires.
- LINARES QUINTANA, S.V. (1953), *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, Alfa, Buenos Aires.
- LORENZETTI, R. L. (1993), "Los contratos ante la emergencia económica", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1993-C, pp. 811-827.
- LORENZETTI, R. L. (2003), "Nunca más: Emergencia económica y derechos humanos", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2003-A, pp. 1207-1221.
- PEREZ HUALDE, A. (2006), "La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2006-A, pp. 872-885.
- SACRISTÁN, E. (2005), "Control judicial de las medidas de emergencia - a propósito del análisis costo-beneficio". En: SCHEIBLER, G. (coord.), *El derecho Administrativo de la Emergencia*, IV, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, pp. 111-140.
- SACRISTÁN, E. (2014), "Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal", *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, N° 1, pp. 39-66.
- SAGÜES, N. P. (1990), "Derecho Constitucional y derecho de la Emergencia", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 1990-D, pp. 1036-1058.
- SANTIAGO (h.), A. y THURY CORNEJO, V. (2003), *Tratado sobre la delegación legislativa*, Abaco, Buenos Aires.
- SOLA, J. V. (2006), *Control Judicial de Constitucionalidad*, Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- SOLA, J. V., (2009a), *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III*, La Ley, Buenos Aires.
- SOLA, J. V. (2009b), "La Corte Suprema y el análisis económico del derecho", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2009-E, pp. 1223-1232.
- TRIBE, L. (2000), *American Constitutional Law*, 3° ed., Foundation Press, New York.

- VANOSSI, J. R., "El mar no perdona", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2003-C, p. 950-959.
- YLARRI, J. S. (2013a), "El control de razonabilidad de la emergencia económica: el análisis costo beneficio", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, AR/DOC/1501/2013, pp. 1-17.
- YLARRI, J. S. (2013b), "La emergencia sin fin", *El Cronista Comercial*, diario del 30 de septiembre, p. 14.
- YLARRI, J. S. (2015a), "El principio de proporcionalidad en la emergencia económica", *MicroJuris*, MJ-DOC-7146-AR, pp. 1-21.
- YLARRI, J. S. (2015b), "La división de poderes en la emergencia económica en Argentina", *Cuestiones Constitucionales*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, pp. 235-262.

Jurisprudencia documentos e informes

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA (CSJN) (1869), "La Empresa 'Plaza de Toros', quejándose por un decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires". Sentencia de 13 de abril. Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos), t. 7, p. 150.
- CSJN (1887), "Los Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios". Sentencia de 14 de mayo. Fallos: 31:273.
- CSJN (1903), "Hileret y otro c/ Provincia de Tucumán". Sentencia de 5 de septiembre. Fallos: 98:20.
- CSJN (1922), "Ercolano, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación". Sentencia de 28 de abril. Fallos: 136:161.
- CSJN (1934), "Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.". Sentencia de 7 de diciembre. Fallos: 172:21.
- CSJN (1944), "Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley 12.591". Sentencia de 27 de diciembre. Fallos: 200:450.
- CSJN (1957), "Juan Domingo Perón". Sentencia de 21 de junio. Fallos: 238:76.
- CSJN (1959), "Russo, Angel y otra c/ C. de Delle Donne E.". Sentencia de 15 de mayo. Fallos: 243:467.
- CSJN (1959), "Nadur, Amar c/ Borelli Francisco". Sentencia de 15 de mayo. Fallos: 243:449.
- CSJN (1960), "Prattico, Carmelo y otros c. Basso y Cía.". Sentencia de 20 de mayo. Fallos: 246:345.
- CSJN (1960), "Cine Callao". Sentencia de 22 de junio. Fallos: 247:121.
- CSJN (1985), "Gustavo Jorge Nordensthol c/ Subterráneos de Buenos Aires". Sentencia de 2 de abril. Fallos: 307:326.
- CSJN (1989), "Porcelli, Luis A. c/ Banco de la Nación Argentina s/ cobro de pesos". Sentencia de 20 de abril. Fallos: 312:555.
- CSJN (1990), "Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - B.C.R.A)". Sentencia de 27 de diciembre. Fallos: 313:1513.
- CSJN (1993), "Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento". Sentencia de 22 de diciembre. Fallos: 316:3176.
- CSJN (1995), "Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía". Sentencia de 6 de junio. Fallos: 318:1154.
- CSJN (1999), "Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo". Sentencia del 19 de agosto. Fallos: 322:1726.
- CSJN (2000), "Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Empleo público". Sentencia de 2 de junio. Fallos: 323:1566.

- CSJN (2000), “Risolía de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César y otros s/ ejecución de sentencia (incidente)”. Sentencia de 2 de agosto. Fallos: 323:1934.
- CSJN (2002), “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: ‘Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo’”. Sentencia de 1 de febrero. Fallos: 325:28.
- CSJN (2002), “Tobar Leónidas c/ E.N. Mº Defensa - Contaduría General del Ejercito - Ley 25.453 s/ amparo - Ley 16.986”. Sentencia de 22 de agosto. Fallos: 325:2059.
- CSJN (2003), “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”. Sentencia de 5 de marzo. Fallos: 326:417.
- CSJN (2003) “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada c/ Poder Ejecutivo Nacional”. Sentencia de 1 de septiembre. Fallos: 326:2180.
- CSJN (2006), “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional”. Sentencia de 27 de diciembre. Fallos: 329:5913.
- CSJN (2010), “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN- Dto. 558/02-SS- ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”. Sentencia de 19 de mayo. Fallos: 333:633.
- CSJN (2014), “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN – Mº V E Inf. - Sec. Transporte - dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarisimo (art. 321, inc. 2º, CPCC)”. Sentencia de 24 de junio. Expediente U.29.XLVI, REX.
- CSJN (2015), “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo”. Sentencia de 27 de octubre. Expediente A.799.XLIX, REX.
- SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS (SCEU) (1905), “Lochner v. New York”. 198 US 45.
- SCEU (1934), “Home Building and Loan Association v. Blaisdell”. 290 US 398.
- SCEU (1934), “Nebbia v. New York”. 291 US 502.
- SCEU (1937), “West Coast Hotel v. Parrish”. 300 US 379.

Lobbying Lobbying

Joan Navarro
Llorente & Cuenca
jnavarro@llorenteycuenca.com

Carmen Andrés
Llorente & Cuenca
candres@llorenteycuenca.com

Recibido / received: 27/01/2016
Aceptado / accepted: 25/02/2016

Resumen

La definición del concepto del *lobbying* está desarrollándose en paralelo a la exigencia ciudadana de un aumento de la participación y de la transparencia en la toma de decisiones públicas. En esta voz se realiza un acercamiento a la actividad del *lobbying* considerando la acepción utilizada principalmente por la Unión Europea y en las escasas legislaciones de los últimos años. A pesar de la falta de regulación específica, el *lobbying* cuenta con una cobertura legal en las democracias representativas como una forma de participación y de defensa de los intereses de los grupos sociales. Sin embargo, este servicio conlleva también riesgos que pueden evitarse incrementando de forma notable la transparencia.

El *lobbying* es influir desde una simetría en el acceso y desde la transparencia, basado en la capacidad para trasladar los mensajes correctos y convencer. Al contar con la opinión de las partes implicadas, las decisiones públicas mejoran así su calidad, pero también su legitimidad. En España está extendiéndose la elaboración de regulaciones sobre *lobbying* y es previsible que en esta nueva legislatura, con nuevos partidos y con necesidad de negociación y acuerdos, se cree definitivamente un marco normativo para este cauce de participación.

Palabras clave

Lobbying, influencia, transparencia, participación, políticas públicas, democracia.

Abstract

The definition of lobbying is being developed in parallel with the public demand for increased participation and transparency in public decision-making. In this definition it is made an approach to lobbying activity considering the meaning mainly used by the European Union and the few laws adopted in recent years. Despite the lack of specific regulation, lobbying has a legal cover in representative democracies as a form of participation and defense of social groups interests. However, lobbying also carries risks that can be avoided significantly increasing transparency.

Lobbying is to influence from a symmetry in access to and from the transparency, based on the ability to convey the right messages and convince. Having the opinion of stakeholders involved, quality of public decisions improve, but also its legitimacy. In Spain the development of regulations on lobbying is spreading and it is expected that during this new legislature, with new political parties in need of negotiation and agreements, a regulatory framework for this mean of participation will be definitely created.

Keywords

Lobbying, influence, transparency, participation, public policies, democracy.

SUMARIO. 1. Aproximación a la definición del *lobbying*. 2. Límites del *lobbying*. 3. Regulación del *lobbying*. 4. Quién participa en la actividad del *lobbying*. 5. *Lobbying* en España.

1. Aproximación a la definición del *lobbying*

La mayor parte de las definiciones que se remontan al origen de la palabra *lobby* remiten al Presidente Ulysses Grant (1869-1877) quien, según se relata, solía recibir a determinadas personas en el *lobby* del Hotel Willard, a dos manzanas de la Casa Blanca, donde se le encontraba con mejor disposición. Sin embargo, ya en 1640 el Oxford English Diccionary recoge la palabra “lobbies” como los pasillos de la Casa de los Comunes donde los ciudadanos podían hablar con sus representantes. Esta última definición es más cercana a lo que implica la esencia del *lobbying* en la actualidad, esto es, la participación de la sociedad en las cuestiones públicas.

A pesar de existir una dificultad objetiva para investigar este concepto por su falta de regulación, no es extraño que los mayores avances en el desarrollo de la definición y profesionalización del *lobbying* se están produciendo en un momento como el actual, en que la sociedad clama por una mejora de la democracia, por una mayor participación de la ciudadanía en las políticas públicas y por una mejora de la transparencia de las decisiones.

La mayor parte de los trabajos sobre *lobbying* recogen dos corrientes: una concepción neocorporativista, en la que, según Schmitter (1974), las unidades constitutivas están organizadas en un número limitado de categorías, ordenadas jerárquicamente y diferenciadas funcionalmente, reconocidas y autorizadas por el Estado, que les concede el monopolio de la representación en sus respectivas categorías, y una concepción pluralista, para la que los grupos de interés son agentes racionales que ejercen la influencia para apropiarse de una proporción mayor de renta privadas, a través de la regulación del mercado, o de rentas públicas, como subvenciones o subsidios.

En este sentido, según indica Transparencia Internacional (2015), la ciudadanía suele asociar el *lobbying* con la representación de intereses empresariales. Tradicionalmente, las empresas han canalizado su influencia a través de asociaciones que hacían *lobbying* en su nombre. En países que tienen una tradición corporatista, como es el caso de la mayoría de la Europa continental, la participación de tales asociaciones, junto con otros grupos de interés, en cierto modo se ha institucionalizado históricamente dentro de los procesos de toma de decisiones.

Para realizar un acercamiento al concepto del *lobbying*, se puede partir de la definición utilizada por la Unión Europea (UE). En el Libro Verde sobre una Iniciativa Europea en favor de la Transparencia de 2006, se define como aquellas actividades realizadas con el objeto de influir en la formulación de las políticas públicas y en los procesos de toma de decisiones de las instituciones europeas.

En el ámbito español, la única regulación específica para el *lobbying* es la de la Generalitat de Cataluña, que lo define como actividades directas o indirectas de participación activa en la elaboración y aplicación de las políticas públicas de la Administración de la Generalitat y de su sector público con la finalidad de influir en la

orientación de estas políticas, en defensa de un interés propio, de terceros o general.

Por su parte, la OCDE (2012) señala que no hay una única definición legal de *lobbying* usada en todos los países, ya que aunque la globalización ha establecido similares métodos de *lobbying*, las prácticas están profundamente integradas en el marco democrático y constitucional de un país.

Sin embargo, en cualquier definición que se considere, el concepto en común de todas ellas es el ejercicio de la influencia, entendiendo por influir promover, defender, oponerse o retrasar una decisión a través de diferentes medios, incluida la aportación o utilización de informaciones, estadísticas o análisis. Pero sobre todo, influir es la capacidad para trasladar los mensajes, argumentos y evidencias correctos y convencer con ellos.

Otro elemento en común fundamental en el *lobbying* profesionalizado es que se debe producir en democracias representativas. Si entendemos por *lobbying* la representación legítima de intereses, es necesario que exista un gobierno representativo y un Parlamento sobre el que ejercerlo.

La democracia representativa no es solo aquella que emana de la participación política mediante las elecciones o los partidos políticos. Precisamente el origen de los sistemas parlamentarios y de los gobiernos representativos es el de establecer mecanismos para incluir las demandas ciudadanas en la elaboración de las políticas públicas de una forma creciente, entre las que se encuentra, efectivamente, el *lobbying*.

En la propia Constitución española encontramos numerosas referencias a la participación de la sociedad a través de los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales o las asociaciones de consumidores. Del mismo modo aparece también recogido en la Constitución, en su artículo 9.2, la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y para facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Por último, en su artículo 105.a, deja a la ley que regule “la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.”

La existencia de la práctica del *lobbying* es por tanto consustancial a la democracia parlamentaria, tal y como lo son los propios partidos. Como afirma J. Ponce (2015) el objetivo último debe ser garantizar la calidad normativa, en garantía no sólo de eficiencia y economía de la actividad pública sino también de la legitimidad, la competitividad y los derechos e intereses privados.

Transparencia Internaciona (2015) señala en sus estudios que esta actividad forma parte integral de una democracia sana y está íntimamente vinculado con valores universales como la libertad de expresión o el derecho de petición ante el Gobierno. De hecho, permite a los grupos de interés presentar sus puntos de vista sobre las decisiones que pueden afectarle y puede mejorar también la calidad de la toma de decisiones.

El Parlamento Europeo en 2008, mediante su Resolución sobre el desarrollo del marco para las actividades de los grupos de interés en las instituciones europeas, señaló que los grupos de interés desempeñan un papel esencial en el

diálogo abierto y pluralista en que se basa un sistema democrático y constituyen una importante fuente de información para los diputados en el marco del ejercicio de su mandato.

El desempeño del *lobbying* conlleva numerosos beneficios y una mejora del futuro de la democracia. Conseguir una legislación clara y bien enmarcada, evitar vacíos legales o malas interpretaciones, detectar problemas desde el ámbito de acción, generar nuevas ideas y soluciones a problemas emergentes, son ejemplos de ello. El tiempo y los medios son limitados y los responsables políticos agradecen contar con opiniones e información de los órganos del exterior para evitar un daño o error.

Así pues, existen numerosas ventajas para los representantes públicos que cuentan así con opiniones expertas de los agentes económicos y sociales. Pero no solamente mejora la calidad de las políticas públicas, sino que aumenta la legitimación de estas mismas políticas.

Anthony Blair (1999), afirma que en una sociedad madura, sus representantes tomarán mejores decisiones si tienen en cuenta la opinión popular y favorecen el debate público sobre los grandes temas que afectan a la vida de las personas.

Como se observa, existe un acuerdo amplio sobre esta forma de participación política, aunque aún tiene connotaciones negativas en algunas sociedades. Sin embargo, tal como señala Transparencia Internacional (2015), el problema no es el *lobbying*, si no la opacidad, la falta de ética y el acceso desigual a los responsables públicos.

Sobre ello, Robert Dahl, en 1998 ya alertaba sobre la exigencia de tratar y divulgar de forma equitativa los intereses de la totalidad de las personas involucradas en las decisiones colectivas que se adopten. Cada grupo representa intereses o visiones parciales de la realidad y es necesario que exista una visión amplia y en la medida de lo posible integrada.

Del mismo modo que es innegable lo positivo de la participación, no puede olvidarse que en caso de que la información aportada provenga de un solo ámbito, como industrias monopolísticas, o se provea bajo una apariencia de objetividad (Maras, 2012), puede ser perjudicial.

Por eso, tal como indica M. Villoria (2014), es necesario evitar las relaciones privilegiadas y el acceso a los poderes públicos de forma opaca e inequitativa. Y esta protección de la participación pública solo puede realizarse por medio de una necesaria regulación.

2. Límites del *lobbying*

Para definir correctamente qué es el *lobbying*, es necesario detenerse en determinar qué no comprende la actividad. Si bien no existe un reconocimiento claro y explícito en el ordenamiento jurídico sobre el *lobbying*, la ley española indica nítidamente sus límites.

En primer lugar, no debe confundirse el *lobbying* con el tráfico de influencias. Según el Art. 429 del Código Penal, este delito implica que “un particular influya en un funcionario público o autoridad previéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para

conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero”.

Además de este artículo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2004¹, establece que “la utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento, nos indica que no basta la mera sugerencia sino que ésta ha de ser realizada por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo tenga entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye”.

Existe por lo tanto una delimitación legal de lo que implica la actividad del *lobbying* que se suma a la cobertura legal de la que dispone como mecanismo de mediación entre los intereses individuales y la formación de las políticas públicas. No obstante, más allá de los límites legales, no deben obviarse los peligros que entraña la actividad del *lobbying* al poderse caer en prácticas de influencia indebida.

Tal como recuerda J. Ponce Solé (2015), la negociación de las normas conlleva posibilidades de mejor servicio al interés general pero conlleva también riesgos, como la captura del regulador o la discriminación. La falta de exactitud de la información o de claridad en la identificación de intereses son también riesgos que pueden evitarse con la aplicación de códigos éticos y, sobre todo, con un incremento notable de la transparencia.

En Europa, esta actividad se lleva a cabo en muchas ocasiones fuera de los cauces formales y por tanto a espaldas del conocimiento de la opinión pública. Transparencia Internacional (2015) advierte de las prácticas todavía comunes de un *lobbying* informal que implica unas relaciones privilegiadas y por tanto un acceso asimétrico a los decisores.

Hay además un desequilibrio relacionado con los recursos disponibles. Según los informes de la UE, se ha producido un incremento del gasto de los grandes sectores en actividades de *lobbying*, aunque los datos que aporta son todavía limitados.

A pesar de las diferencias que podría haber con respecto a algunas organizaciones, un sistema que facilite la igualdad de acceso y la transparencia favorece que cualquier grupo de interés, basándose en evidencias y en un relato convincente pueda alcanzar éxitos en sus campañas, con un impacto social positivo.

Además, ya no solamente tiene efectividad el acceso, sino que progresivamente las técnicas de *lobbying* indirecto tienen mayor relevancia y sofisticación. Edward T. Walker y Christopher M. Rea (2014) recogen ejemplos como la movilización del público, las campañas de relaciones públicas, la financiación de *think tanks* y la utilización de campañas de base.

Pero si se habla de los límites, no puede olvidarse de una de las cuestiones más conocidas públicamente en relación al *lobbying*: las llamadas puertas giratorias entre el mundo del lobby y el ámbito político. Es indudable que el intercambio de experiencias entre ambos sectores puede ser beneficioso y muy positivo. Sin embargo, en caso de no estar regulado correctamente, esta situación puede generar confluencias de interés previos o posteriores, pudiendo haber un uso incorrecto de los cargos.

¹ Tribunal Supremo (Sala 2^a, de lo Penal) Sentencia núm. 480/2004 de 7 de abril.

3. Regulación del *lobbying*

Los grupos de interés han ido profesionalizando sus actividades. Actualmente existen más de 12.000 lobistas registrados en Estados Unidos y casi 6.000 grupos de interés inscritos en el registro de transparencia de la Unión Europea.

Estas cifras aconsejan una regulación y unas normas que clarifiquen y ordenen su funcionamiento para que esta actividad ofrezca todas sus consecuencias positivas y con ello la democracia de un país sea más avanzada. Esta regulación debe mejorar las vías de participación y el acceso a los poderes públicos y dificultar las malas prácticas y la corrupción que desemboca de la opacidad y la asimetría.

Estados Unidos ha sido el país que más esfuerzos ha realizado para regular el *lobbying*. Las primeras normas datan de 1946, con la *Federal Regulation of Lobbying Act*, que proponía como objetivo la inscripción de los lobistas que intentaban influenciar al Congreso. Sin embargo, las normas elaboradas no dieron un buen resultado hasta la aprobación por el Congreso de la *Lobbying Disclosure Act* (LDA) en 1995.

Esta ley regula todos los detalles del *lobbying*, con amplias definiciones de la propia actividad y de los sujetos a la norma, enfocada en los lobistas sean internos en compañías o sean externos. Especifica los requisitos necesarios para la inscripción en el registro de lobistas, el umbral mínimo de ingresos y la exigencia de una presentación semestral de informes sobre las actividades financieras relacionados con la actividad. Por otra parte, también se regula la relación de los lobistas con funcionarios públicos, así como los períodos de incompatibilidad entre la actividad privada y la pública.

Sería una de las regulaciones más estrictas en un país en que, como indica la profesora Ainhoa Uribe (2016), la palabra *lobby* está asociada a una concepción de presión a toda costa y donde todo vale. El modelo europeo de *lobby* por el contrario, está basado en la interacción con decisores públicos sobre la base de la confianza mutua y métodos de diálogo que desarrolla puentes de consenso entre interés público y privado.

La mayoría de países europeos, sin embargo, no cuentan con una regulación integral del *lobbying*, ni con un sistema para registrar los contactos entre los lobistas y los decisores públicos. A pesar de que son muchos los países que cuentan con alguna regulación que limita el área de acción del *lobbying*, según el informe de Transparencia Internacional de 2015, solamente siete países cuentan con leyes o normas específicamente diseñadas para regular estas actividades. Se detectan además problemas en relación a la aplicación y la escasez de ejecución de algunas de las normas existentes.

Por lo que respecta a Bruselas, las tres instituciones principales de la Unión Europea, la Comisión, el Parlamento y el Consejo de Europa son los órganos más relacionados con el *lobbying* por detrás de la capital estadounidense. Desde 2011 está en vigor el Registro Europeo de Transparencia, un registro voluntario de los lobistas que ejercen su actividad ante la Comisión Europea y el Parlamento Europeo y a los que se exige el cumplimiento de un código de conducta.

La base legal de este registro es el Acuerdo Interinstitucional relativo al Registro que en 2014 sufrió ciertas modificaciones con entrada en vigor el 1 de enero de 2015. Esta reforma incluyó la ampliación y definición de quienes deberían

registrarse, un incremento de la información requerida y una mayor precisión sobre los contenidos de los informes periódicos.

El ámbito de aplicación del Registro cubre todas las actividades que se lleven a cabo con objeto de influir directa o indirectamente en la elaboración o aplicación de políticas y en los procesos de toma de decisiones de las instituciones de la Unión, independientemente del lugar en que se lleven a cabo o del canal o medio de comunicación utilizado.

El propio Acuerdo invita al Consejo y otros organismos a unirse. El 15 de julio de 2014, el presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, presentó sus orientaciones políticas al Parlamento Europeo e insistió en una mayor transparencia en lo relativo al contacto con grupos de presión y partes interesadas, diciendo: "Deseo que los ciudadanos europeos sepan quién ha venido a ver a quién y quién se ha entrevistado con quién, y me gustaría que las demás instituciones nos siguieran en este planteamiento."

Muchos de los países que han optado por una regulación se decantan, como herramienta más popular, por la elaboración de un registro que condiciona el acceso a los decisores públicos. Estos registros son prácticos para seguir las influencias ejercidas en las tomas de decisiones públicas. Sin embargo, para que sean realmente útiles es necesario que abarquen una definición integral de quienes deben inscribirse, sin descuidar lagunas bajo las que se amparen determinados grupos, que sean obligatorios y que cuenten con mecanismos de supervisión eficientes. Su utilidad dependerá además del alcance y la calidad de la información que deba detallarse.

Con estos registros, los políticos y los funcionarios pueden conocer previamente quienes solicitan un encuentro o acercamiento a ellos y, por otro lado, los ciudadanos y los grupos de interés pueden conocer quién aporta ideas y quien trata de convencer con qué argumentos. Desde algunas asociaciones como Transparencia Internacional (2015), van más allá y reclaman un cambio de tendencia que relegue el modelo del registro. Su opción es la de una huella legislativa que detalle la fecha y el tema del contacto de un actor con poder de decisión con una parte interesada, junto con cualquier material de apoyo proporcionado por los lobistas en el transcurso de la elaboración de una legislación.

De esta forma, se gira el foco desde el lobbista hacia los gobiernos, para que incrementen sus esfuerzos en la transparencia de las instituciones públicas. La responsabilidad principal de la transparencia recae así sobre los representantes públicos, que son quienes deben verdaderamente rendir cuentas a los ciudadanos. En otro sentido, existe un esfuerzo por parte de los propios lobistas y grupos de interés para realizar una autorregulación instrumental, como es el caso de Foro por la Transparencia en España. En muchos países, los códigos de conducta han sido elaborados por asociaciones profesionales de lobistas o relaciones públicas que se aplican a los miembros de la asociación, con el objetivo de mejorar la reputación del *lobbying* como profesión.

4. Quién participa en la actividad del *lobbying*

Para comprender mejor la actividad del *lobbying*, debe distinguirse correctamente quienes participan en esta actividad. Grupo de influencia, grupo de interés, *lobbies*, lobistas y consultores de asuntos públicos desempeñan funciones diferentes en este ámbito.

Empezando de lo general a lo específico, un grupo de influencia es, según Jordi Xifrà (2011), una estructura social que representa y defiende los intereses de una porción específica de la sociedad, diferente de los partidos políticos, que influye en el espacio público. Esta definición implica un concepto amplio referido a la relación entre el Estado y la sociedad.

Sin embargo, un grupo de interés es un concepto más limitado referido a los grupos empresariales, organizaciones sociales o empresas que representan y defienden intereses económicos y sociales para influir ante las administraciones públicas. El profesor Rafael Rubio (2002) advierte que no deben confundirse estas organizaciones con movimientos sociales, informales, esporádicos y muchas veces desorganizados.

Por su parte, los denominados *lobbies* son entidades que desarrollan labores de influencia de forma profesional. Son por tanto grupos de empresas que ejercen actividades de representación y defensa de intereses, organizaciones comerciales que representan a sociedades que persiguen un fin lucrativo, asociaciones profesionales y sindicatos que representan los intereses de trabajadores o de profesiones. Estos últimos, en España, como en otros países, cuentan con una consideración constitucional especial que les incluye en el diálogo social, donde actúan como instituciones, no como *lobbies*.

En la Unión Europea se excluye del registro y, en consecuencia, de la definición de *lobby* a los servicios gubernamentales de los Estados miembros, a los partidos políticos y a las iglesias y las comunidades religiosas. Sin embargo, sí son *lobbies* los órganos y asociaciones creados para representar a estas iglesias en sus relaciones con las instituciones de la UE, llevando a cabo una actividad que persigue influir en las políticas públicas.

Como se desprende de estas observaciones, para las instituciones europeas no se trata de la forma jurídica u organizativa, si no de la finalidad que se persiga y la propia actividad que se desarrolle ante los decisores, ya sea por parte de la organización o una persona en nombre de un tercero. Esta es una diferencia relevante con respecto a la regulación de EEUU, que define un *lobby* como la organización cuyos ingresos provenientes de la influencia en las políticas públicas superan el 20%, independientemente de la actividad.

Una figura diferenciada es el lobista, es decir, aquel profesional que representa al grupo de interés ante las instituciones públicas con la misión de influir en la formulación de las políticas públicas y en los procesos de toma de decisiones. Un lobista puede por tanto pertenecer a un sindicato, una ONG o a una organización empresarial, los llamados *lobbyist in house*, más propios de los países europeos. Pero también puede pertenecer a una agencia de *lobby* dedicada de forma profesional a la influencia en las políticas públicas en nombre de sus clientes. Estos lobistas externos son más comunes en EEUU.

Un lobista debe conocer y manejar diversas disciplinas para llevar a cabo su actividad de forma correcta y completa. Entre estas disciplinas se encuentran el derecho para enfocar el interés privado hacia el interés general, la política, para comprender el proceso político y parlamentario, la economía, para comprender los modelos de negocio y los procesos de generación de valor, la diplomacia, para conseguir una buena capacidad relacional, la comunicación, para ser capaz de elaborar discursos sugerentes y convincentes, y por último, el análisis, para conseguir una buena capacidad de anticipación. Esta multidisciplinariedad del

lobista le provee de una habilidad para trasladar correctamente la defensa de los intereses de su cliente.

Los consultores de asuntos públicos son otra de las figuras destacadas en el proceso del *lobbying*. Estos consultores trabajan para el lobista. Según una encuesta de la *Foundation for Public Affairs* (1999), las actividades que los profesionales de asuntos públicos realizan van desde las relaciones con el gobierno, la gestión de conflictos potenciales y las relaciones con el resto de administraciones y poderes públicos.

Para Jordi Xifrá, el consultor de asuntos públicos trabaja sobre la estrategia, interpreta el entorno político de una organización y gestiona una respuesta apropiada y eficaz a ese entorno. Se relaciona con otras asociaciones, empresas, reguladores u organizaciones y reconoce la importancia de los medios de comunicación, la trascendencia de la opinión pública, de las preocupaciones de los *stakeholders* políticos y la relevancia de la reputación de la propia organización como condición para trasladar correctamente los mensajes a los poderes públicos.

Más que representar intereses particulares, el consultor asesora a sus clientes sobre cómo llevar a cabo la estrategia de *lobbying* para conseguir el resultado deseado, necesitando para ello un amplio y profundo conocimiento del sector público y de la información del sector. Estos consultores requieren en muchas ocasiones de especialistas, abogados, economistas, que les apoyen en ciertas disciplinas para desarrollar correctamente las estrategias y la elaboración de discursos.

5. *Lobbying* en España

En el ámbito nacional, han existido diversos intentos fallidos de regulación de los grupos de interés y la actividad del *lobbying*.

Aunque, como se ha visto, existe un amparo legal de la participación y el código penal recoge los límites de éste, no se ha desarrollado una regulación en España para definir la actividad de los grupos de interés es su interrelación con los decisores públicos.

En 2013 se aprobó la Ley de Transparencia en la que algunas voces solicitaron que se incluyera esta materia. Sin embargo, se pospuso para otra regulación específica que, aunque fue anunciada en diversas ocasiones, nunca se llegó a materializar.

En el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario catalán Convergència i Unió fue quien realizó mayores esfuerzos por elaborar esta regulación. El último de ellos se produjo a comienzos de 2015 en que el Grupo presentó una resolución en el Debate del estado de la Nación que pedía “avanzar en la regulación de manera precisa de los denominados *lobbies* a partir de la definición de la propia Comisión Europea, garantizando la necesaria transparencia en el ejercicio legítimo del derecho que los representantes de la sociedad civil tienen de acceder a las instituciones con el objetivo de trasladar sus intereses, recabar información, defender su situación o solicitar cambios en la normativa que les afecta, especificando los límites de estas actividades.”

La resolución se aprobó, ya que estaba previsto que durante la legislatura se produjera una modificación del Reglamento del Congreso de los Diputados que, entre otras cuestiones, se encargara de la regulación de los *lobbies*. El propio Grupo Popular presentó una propuesta para crear un Registro de los grupos de interés en

el ámbito del Parlamento. Sin embargo, la reforma se paralizó por falta de acuerdo en distintas temáticas.

En el ámbito autonómico se han producido diferentes avances. Además de aprobarse numerosas leyes autonómicas sobre transparencia, ya existen algunas regiones en que se considera la elaboración de un registro de grupos de interés. Sin embargo, la pionera, y por el momento la única que ha llegado a crearlo, ha sido Cataluña.

La Ley de transparencia catalana aprobada en diciembre de 2014 instaba a la creación de un registro de grupos de interés para hacer transparente la relación entre la sociedad civil organizada y los poderes públicos, tanto en el ámbito parlamentario como en el ejecutivo.

El 1 de octubre de 2015 se iniciaba la actividad del Registro que se ciñe al ámbito de la Generalitat y su sector público. En él pueden inscribirse las personas y organizaciones que trabajan por cuenta propia y participen en la elaboración y aplicación de las políticas públicas en defensa de los intereses propios, de terceras personas u organizaciones. El Decreto que lo crea especifica que las actividades sujetas a registro son las que se realizan con la voluntad de influir directamente o indirectamente en los procesos de elaboración o aplicación de las políticas públicas.

El Registro en el ámbito parlamentario, creado tras la reforma del reglamento de la Cámara, aún no se ha puesto en marcha. Es probable que el cambio en el gobierno de muchas comunidades autónomas, y la entrada en escena de los partidos emergentes, provoque un incremento de regulaciones en este sentido dirigido al aumento de la transparencia en la toma de decisión y la elaboración de normas.

A nivel nacional, es esperable que se elabore una legislación similar. Además, el cambio de escenario parlamentario, sin mayorías claras, genera una situación inédita en que los grupos y las negociaciones en el Congreso de los Diputados tendrán una mayor relevancia en el procedimiento legislativo. En este sentido, los *lobbies* tendrán también un papel más activo y de trascendencia en la toma de decisiones en el nivel parlamentario.

Bibliografía

- BLAIR, A. (1999), *La tercera vía*. El País-Aguilar, Madrid.
- DAHL, R. (1998), *On democracy*, Yale U. Press, New Haven.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2006), *Libro Verde. Iniciativa Europea en favor de la Transparencia de 2006*, , accesibles en la siguiente dirección electrónica: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com2006_194_es.pdf (fecha de consulta: 18 de enero de 2016).
- FOUNDATION FOR PUBLIC AFFAIRS (1999), *Corporate Public Affairs: The state of corporate Public Affairs Survey Final Report 1999-2000*. Public Affairs Council. Washington DC.
- OCDE (2012), *Lobbyists, Governments and Public Trust, Volume 2: Promoting Integrity through Self-regulation*, OCDE Publishing.
- PONCE, J. (2015), *Negociación de normas y lobbies*, Aranzadi, Navarra.
- RUBIO, R. (2002), “Los grupos de presión en España, una revisión pendiente”, *Revista de las Cortes Generales*, Num. 55, enero-marzo, pp. 165-252.
- SCHMITTER, P. (1974), “Still the Century of Corporatism?”, *The Review of Politics*, Vol. 36, No. 1, pp. 85-131.

- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2015), *Estudio de Transparencia Internacional sobre los Lobbies en Europa*, accesibles en la siguiente dirección electrónica: <http://transparencia.org.es/estudio-sobre-los-lobbies-en-europa/> (fecha de consulta: 20 de enero de 2016).
- URIIBE, A. y MULAS, E. (2016), “El 20D y la redefinición del lobby en España”, *Cinco Días*, 19 de enero de 2016.
- VILLORIA, M. (2015), “Transparencia y regulación del lobby en Europa y España”, *XII Congreso de AECPA*.
- WALKER, E. y REA, C. (2014), “The Political Mobilisation of Firms and Industries”, *Annual Review of Sociology*, vol. 40, pp. 281–304.
- XIFRÀ, J. (2011), *Lobbismo y grupos de influencia*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona.

Crímenes contra la humanidad

Crimes against humanity

Alicia Gil Gil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

agil@der.uned.es

Recibido / received: 28/01/2016

Aceptado / accepted: 23/02/2016

Resumen

Los crímenes contra la humanidad constituyen la categoría central de los crímenes internacionales en el vigente Derecho penal internacional. Ello significa que su comisión acarrea responsabilidad penal del individuo directa en Derecho internacional. Esta figura delictiva pretende la protección de los bienes jurídicos personalísimos fundamentales, como la vida, la integridad física, la salud, la libertad, etc., frente ataques cometidos de manera generalizada o sistemática a través de la política de un Estado o una organización. Se considera que tales conductas atentan contra la humanidad en su conjunto y ponen en peligro la paz internacional. Aunque su origen se remonta a los juicios posteriores a la segunda Guerra Mundial (aludiendo incluso algunos autores a precedentes más remotos), su definición y requisitos experimentaron una considerable evolución en los últimos años del s. XX, destacando su independencia de los crímenes de guerra, de la mano de los cuales habían nacido, y la interesante evolución jurisprudencial que han aportado los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR). En la actualidad se encuentran tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).

Palabras clave

Crímenes contra la humanidad, crimen internacional, Derecho penal internacional, tribunales penales internacionales, Corte Penal Internacional.

Abstract

Crimes against humanity are the central category of international crimes in existing International Criminal Law. That means that their commission entails direct individual criminal responsibility under international law. Their regulation seeks to protect the most fundamental personal legal values such as life, physical integrity, health, freedom, etc., when they are attacked on a widespread or systematic way, through the policy of a State or an organization. But crimes against humanity attack simultaneously humanity as a whole and constitute a threat to international peace. Their first definition date back to the end of World War II (some authors refer to more remote precedents), but the current one, in art. 7 of the International Criminal Court Statute is the result of an important and gradual process of precise formulation and consolidation. In this development have played an important role the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and for Rwanda (ICTR).

Keywords

Crimes against humanity, international crimes, International Criminal Law, International Criminal Tribunals, International Criminal Court.

SUMARIO. 1. Origen y evolución. 2. Bien jurídico protegido. 3. La definición de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte penal Internacional. Elementos del tipo. 3.1. El contexto: un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. 3.2 Las modalidades de comisión. 4. La regulación de los crímenes de lesa humanidad en el Código penal español.

1. Origen y evolución.

A diferencia de lo que sucede con el delito de genocidio y con los crímenes de guerra, no existe una Convención internacional dedicada a la definición de los crímenes contra la humanidad (también llamados crímenes de lesa humanidad), por lo que llegar a un acuerdo sobre el contenido de esta categoría ha sido, y sigue siendo, un proceso complejo (Von Hebel y Robinson, 1999: 90 y ss.). Su primera definición como delito se encuentra en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (ETMI) de Núremberg. Ante la constatación de que muchos de los actos cometidos por el enemigo no podían ser calificados técnicamente como crímenes de guerra *stricto sensu*, de acuerdo con el Derecho internacional vigente, por razón de alguno de sus elementos, como la nacionalidad de las víctimas, en particular cuando se trataba de crímenes contra los propios nacionales, o contra personas apátridas, se optó por una solución de compromiso en el ETMI de Núremberg, que supuso el reconocimiento de los crímenes contra la humanidad y la posibilidad, por lo tanto, de su castigo, pero a cambio de introducir la exigencia de su conexión con los crímenes contra la paz y con los crímenes de guerra. El término está tomado de la llamada “cláusula Martens” contenida en la IV Convención de La Haya de 1907 referente a la leyes y costumbres de la guerra terrestre, que prevé que para lo no tratado de forma expresa en la convención “los habitantes y los beligerantes quedarán bajo la protección y sujetos a los principios del Derecho de gentes, tal y como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, *de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*” (Gil Gil, 1999: 106 y ss.). Así se encontraba un cierto apoyo en el Derecho internacional frente a la crítica de infracción del principio de legalidad, pero a la vez se limitaba su ámbito.

A pesar de estas limitaciones originarias el actual concepto de crímenes contra la humanidad es independiente de la situación de guerra¹. Ya la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado, que debía ser aplicada en la Alemania ocupada, había suprimido este requisito (Liñán Lafuente, 2016: 75). Pero su valor como precedente es discutible, ya que, por una parte se argumenta que no se trata de Derecho internacional, sino de legislación de ocupación (Schwelb, 1946: 218)² y por otra el Estatuto de Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TMI de Tokio) recuperó el requisito, que también se mantuvo en la formulación de los Principios de Núremberg de 1950. La independencia de otros crímenes internacionales fue el primer cambio que reclamó la doctrina de inmediato en el concepto de crímenes contra la humanidad³. Sin embargo, el art. 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) continuó vinculándolos a la existencia de un conflicto armado. No obstante, el TPIY afirmó que esta conexión (que interpreta de una forma muy laxa) es un requisito para su competencia, pero no un elemento del concepto actual los crímenes contra la humanidad (Morris y Scharf,

¹ Véase ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, TC, Opinion and Judgment (IT-94-1-T), 7.05.1997, §§ 201 ss., 236-7.

² Véase también United Nations War Crimes Commission, (1948), *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, pp. 213 y 214.

³ Actes de la VIII Conference International pour l’Unification du Droit pénal, Pedone, París, 1949, pp. 224 y 225.

1995: 82 y ss.)⁴. Dicha restricción no se contempla ya en el art. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), ni en ninguno de los proyectos de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad a partir de 1954. También las regulaciones internas y la práctica de los Estados han prescindido de la exigencia de una conexión con la guerra (Delmas-Marty, Fouchard, Fronza, Neyret, 2013: 79 ss.)⁵. En consecuencia, la definición de los crímenes de lesa humanidad del art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) recoge y deja clara esta independencia.

La categoría de los crímenes contra la humanidad tampoco exige, ni siquiera en su primera redacción en el Estatuto del TMI de Núremberg, actuar por determinados móviles discriminatorios, salvo para la modalidad de persecución. A pesar de ello, el Estatuto del TPIR sí extendió dicho requisito a todas las conductas, lo que ha sido interpretado como una mera limitación de la jurisdicción de aquel tribunal relacionada con las características del conflicto ruandés⁶.

El concepto actual de crimen contra la humanidad es producto, por tanto, de una larga evolución en la que han influido la normativa y la jurisprudencia relativa a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, los Proyectos de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad y los Estatutos de los TPPII para la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como las decisiones de estos Tribunales y que se ha plasmado en el art. 7 del ECPI, completado por el documento Elementos de los Crímenes, que debe servir para la interpretación del Estatuto.

2. Bien jurídico protegido.

La figura de los crímenes contra la humanidad nace, como hemos visto, como extensión de los crímenes de guerra, para proteger bienes jurídicos personalísimos fundamentales (la vida, la integridad física y la salud de las personas, su libertad ambulatoria, la libertad sexual, etc.) frente a los ataques masivos o sistemáticos realizados con la participación o tolerancia de quien ejerce el poder político. Pese a que algunos autores siguen defendiendo que éste es el objeto de protección de los crímenes contra la humanidad (Gil Gil, 2016: 371 ss., Liñán Lafuente, 2016: 187) (aportando la forma del ataque el elemento internacional: su comisión en el marco del ejercicio de un poder político), la opinión mayoritaria en la actualidad afirma, sin embargo, que se trata de delitos pluriofensivos (Landa Gorostiza, 2004: 70 ss.; Capellá i Roig, 2005: 384). Los crímenes contra la humanidad atentarían así directamente contra bienes jurídicos individuales, pero también contra un bien jurídico colectivo, cuyo portador es la comunidad internacional en su conjunto y ello precisamente sería lo que otorgaría a este crimen su carácter internacional. Este bien jurídico se identifica con la noción de humanidad, entendida por algunos autores como un valor, bien ligada al concepto de dignidad humana⁷, o, en opinión de otros, como una cualidad intrínseca del ser humano, su esencia íntima, lo que caracteriza a todos los seres humanos como animales políticos (Luban, 2004: 90, Werle, 2012: 860). Al mismo tiempo, la comisión de estos crímenes supone una amenaza a la paz internacional (Gil Gil y Maculan, 2013: 39).

⁴ Véanse entre otras las sentencias ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, TC, "Decision on the defence motion on Jurisdiction of the Tribunal" (IT-94-1-T), 10.08.1995, §§ 78, 138 ss.; *Tadić*, TC, Opinion and Judgment, cit., § 623; *Tadić*, AC, Judgment (IT-94-1-A), 15.07.1999, §§ 249-251.

⁵ Para un informe detallado véase Law Library of Congress, *Multinational Report Crimes Against Humanity Statutes and Criminal Code Provisions*, accesible en <http://pdfcast.org/pdf/high-crimes-against-humanity-code-by-country> (03/01/2014).

⁶ TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, Appeal Chamber, Judgment, de 1 de junio 2001, para. 464.

⁷ TPIY, Appeals Chamber, Erdemovic, Judgment, 7 oct. 1997, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, para. 20 y ss.

3. La definición de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte penal Internacional. Elementos del tipo.

3.1. El contexto: un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

La categoría de los crímenes contra la humanidad engloba una serie de conductas que deben realizarse en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Se exige, además, una relación funcional entre el acto y el contexto. El contexto supone que el autor cuenta con medios de los que no dispone el autor de un delito común y que por lo general facilitan su impunidad y el éxito de su conducta criminal. Sin embargo, la exigencia de que se actúe en ese contexto no debe llevar a confusión. Basta la comisión por el acusado de un único acto, siempre que el mismo se realice como parte del ataque generalizado o sistemático (donde otros sujetos realizan el resto de las conductas), para que el citado acto pueda calificarse como un crimen contra la humanidad⁸.

Conforme señala el art. 7.2 del Estatuto de Roma (ER), por “ataque contra una población civil” debe entenderse una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos en cuestión contra una población civil en cumplimiento de una política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o de promover esa política. El ataque no implica en absoluto la existencia de un conflicto bélico.

El ataque debe ser generalizado o sistemático, siendo requisitos alternativos. El primero hace referencia a una dimensión cuantitativa, implica que los actos (sean estos diferentes o la repetición de la misma modalidad) se dirigen contra una multitud de víctimas (ya sea en un amplio ámbito geográfico o en un área pequeña). Por su parte, el carácter sistemático es un requisito cualitativo, supone la comisión repetida o continua de los actos siguiendo una política o plan preconcebido o un patrón⁹. Sin embargo, en la práctica son difíciles de separar, pues por ejemplo, el carácter sistemático implica también una multiplicidad de víctimas (Dixon y Hall, 2008: 179)¹⁰.

Con el requisito de que el ataque se dirija contra una población civil se quieren resaltar el carácter colectivo del ataque, excluyendo los ataques contra personas individuales y los actos aislados, pero no significa que toda la población de un Estado o de un área geográfica deba ser el objeto del ataque¹¹. Por el contrario, el ataque puede dirigirse contra un grupo, dentro de la población civil, identificado por su etnia, su orientación política, o cualquier otra característica¹². En todo caso, el

⁸ ICTY, *Tadić*, TC, Opinion and Judgment, cit., § 644 ss.; *Prosecutor v. Mile Mrškić, Miroslav Radić, and Veselin Šljivančanin*, (“*Vukovar Hospital*”), TC, “Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence” (IT-95-13-R61), 03.04.1996.

⁹ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, PTC I, “Decision on the Confirmation of the Charges” (ICC-01/04-01/07-717), 30.09.2008, § 395; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, PTC II, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges” (ICC-01/05-01/08-424), 15.06.2009, § 83.

¹⁰ TPIY, TC, The Prosecutor v. Blaškić Case No. IT-95-14-T, Judgment, 3 marzo 2000, para 207.

¹¹ ICC, PTC II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya” (ICC-01/09-19-Corr), 31.03.2010, § 82.

¹² CPI, SCP II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, CPI-01/09-19-Corr, para. 81; SCP II, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, CPI-01/05-01/08-424, para. 76; SCP I, “Decision on the confirmation of charges”, CPI-01/04-01/07-717, para. 399, SCP II Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, para. 142 y ss.

término incluye a personas de la misma o de distinta nacionalidad que el autor¹³. El hecho de que existan entre la población civil personas que no lo son no priva a la población de su carácter civil.

El ataque debe constituir una actuación en cumplimiento de una política de un Estado o de una organización. Esta política no necesita ser formalizada, expresa o precisa hasta los detalles. En palabras de la CPI: “El requisito de la política estatal o de una organización implica que el ataque sigue un patrón regular. Tal política puede ser realizada por grupos de personas que gobiernan un territorio específico o por una organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. El ataque no necesita ser formalizado. De hecho, un ataque que es planeado, dirigido u organizado (en oposición a espontáneo o aislado) satisfaría el criterio”¹⁴. Esta definición, tautológica o circular en alguna de sus alternativas, parece vaciar de contenido el elemento político de los crímenes contra la humanidad confundiéndolo con el contextual (Pérez Caballero, 2015: 45 ss.) y deja abierta la pregunta sobre si cualquier tipo de organización criminal con capacidad de atentar de forma planificada u organizada contra un gran número de personas podría cometer un crimen contra la humanidad. La doctrina ha estado tradicionalmente dividida en este punto. Muchos especialistas, con el fin de evitar la expansión de la noción de crímenes contra la humanidad a cualquier tipo de criminalidad organizada o transnacional (que puede ser perseguida por el derecho nacional), han defendido un concepto más estricto del crimen contra la humanidad (Bassiouni, 2011: 40 y ss.; Shabas, 2008: 960). Algunos autores y decisiones jurisprudenciales, admitiendo la posibilidad de que actores no estatales cometan crímenes contra la humanidad, han sugerido, por ejemplo, la exigencia del ejercicio de algún tipo de poder político, de manera que las organizaciones debían al menos estar en condiciones de neutralizar al Estado o de ejercer el control de facto sobre un territorio (Gil Gil, 1999: 122)¹⁵, o tener poderes equivalentes al Estado, o tener una estructura similar a la militar (Ambos, 2011: 255).

La CPI, en cambio, ha afirmado que la decisión sobre si un grupo es subsumible en el concepto de organización del art. 7 del Estatuto debe hacerse caso por caso. Y menciona, sin carácter exhaustivo, una serie de criterios, que tampoco considera obligatorios, pero que pueden orientarla en esta decisión: si el grupo está jerarquizado o actúa bajo un mando responsable, si posee los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, o si articula, explícita o implícitamente, la intención de tal ataque, si ejerce el control sobre una parte del territorio de un Estado, o si su propósito principal son las actividades criminales contra la población civil¹⁶.

Según los Elementos de los Crímenes la “política de cometer ese ataque” requiere que un Estado o una organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil. Sin embargo, en la nota a pie de página se añade que no se excluye que “en circunstancias excepcionales” tal política pudiera ser llevada a cabo mediante una omisión deliberada de actuar (Ambos y Wirth 2002: 27 y ss.; Gómez Benítez, 2001: 24 y ss.), encaminada

¹³ CPI, SCP I, *Katanga and Ngudjolo*, “Decision on the Confirmation of the Charges”, Cit. para. 399.

¹⁴ ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, PTC I, “Decision on the Confirmation of the Charges”, cit., § 396.

¹⁵ TPIY, Trial Chamber, Prosecutor v. *Tadic*, Case No. IT-94-1-T, *Judgment*, 7 mayo 1997, para 654; TPIY, TC, *Prosecutor v Kupreskic et al. Case No.: IT-95-16-T*, *Judgment*, de 31 enero de 2000, para 552

¹⁶ ICC, PTC II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, cit., § 93; PTC III, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire”, 3.10.2011, § 46; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, PTC II, “Decision on the confirmation of charges” (ICC-01/09-01/11 1/139), 23.01.2012, § 185.

conscientemente a estimular el ataque, a pesar de lo cual se aclara que la simple ausencia de acción gubernamental o de la organización no es suficiente sin más para la afirmación de tal política. En mi opinión esto debe interpretarse en el sentido de que no basta una inactividad política debida a mera negligencia o incapacidad de un Estado o una organización, pero sí debe admitirse, en una interpretación teleológica y sistemática, la mera tolerancia dirigida conscientemente a posibilitar la comisión de los crímenes, tal y como han establecido algunas decisiones de los tribunales¹⁷.

El dato de que la propia conducta se incardina en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil debe ser cubierto por el dolo o *mens rea* del autor. Así lo señala expresamente del art. 7, cuando establece que los actos enumerados a continuación deben realizarse como parte del ataque y “con conocimiento de dicho ataque”. Los Elementos de los Crímenes aclaran que no es necesario, sin embargo, que el sujeto conozca todos los detalles de dicho ataque.

3.2. Las modalidades de comisión.

3.2.1 Asesinato.

Consiste en dar muerte a una o más personas, no exigiéndose ninguna circunstancia calificativa especial, salvo, por supuesto, su comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. Puede cometerse por acción o por omisión¹⁸. El tipo subjetivo exige no sólo el dolo de matar, en el sentido del art. 30 del ECPI, sino, como ya dijimos, que el sujeto conozca el elemento contextual.

3.2.2. Exterminio

Supone que el autor haya dado muerte a una o más personas, de forma directa o indirecta, es decir, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población, por ejemplo, la privación del acceso a alimentos y medicinas.

3.3.3. Esclavitud.

Consiste en ejercer uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, según la definición de la Convención contra la esclavitud de 25 de septiembre de 1926. Se añaden, siguiendo la jurisprudencia de Núremberg y del TPIY, la imposición de algún tipo similar de privación de libertad, que puede, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera de una persona a una condición servil¹⁹, según se definen en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona sometida a trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños. El consentimiento de la víctima no excluye el delito de esclavitud²⁰.

¹⁷ ICC, *Ruto, Kosgey and Sang*, “Decision on the confirmation of charges”, cit., § 210; ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, TC, Judgment, 31.01.2000, § 552.

¹⁸ CPI, SCP II; Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 junio 2009, CPI-01/05-01/08-424, para. 132.

¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, TC, Judgement (IT-96-23, IT-96-23/1-TC), 22.02.2001, § 542; AC, Judgment (IT-96-23& IT-96-23/1-AC), 12.06.2002, § 119.

²⁰ ICTY, *Kunarac et al.* AC, Judgment, cit. § 120 ss.

3.2.4. Deportación o traslado forzoso de población.

Supone el desplazamiento forzoso de personas, bien transfronterizo (deportación) o bien en el interior de un Estado (traslado)²¹ de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional, contra la voluntad del sujeto, mediante el uso de la fuerza, la coacción o la amenaza, que pueden ejercerse incluso de forma indirecta, creando un clima de violencia o intimidación que infunda temor a esas personas, o mediante la opresión psicológica o el abuso de poder²².

El tipo subjetivo exige el conocimiento y voluntad de realizar la conducta descrita, lo que incluye el conocimiento de los elementos normativos, como por ejemplo que la víctima se hallaba legítimamente en la zona. Para la constatación del dolo en relación con estos elementos normativos basta con que el autor sepa que la deportación o traslado no son legales, y que el sujeto se encuentra legítimamente en la zona. Y, como en todas las modalidades, se exige el conocimiento de que ello se hace en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil.

3.2.5. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física.

Consiste en la privación de libertad física de una o más personas, de forma tan grave que constituya una infracción de las normas fundamentales del Derecho internacional, cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático. La gravedad no depende únicamente del tiempo que dure la privación de libertad, sino también de las condiciones de la misma. El TPIY interpretó dicho elemento en el sentido de encarcelamiento “arbitrario”, es decir, una privación de libertad realizada sin ajustarse al debido proceso según los estándares de un Estado de Derecho, bien en el momento de la detención, bien por la falta de garantías en las que la misma se mantiene²³.

3.2.6. Tortura.

La inclusión de esta modalidad se basa en la Convención contra la tortura de 1984, pero, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1 de la misma, aquí no se exige que el sujeto activo sea un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas o que la conducta se realice a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, lo que se explica por el hecho de que los sujetos de los crímenes recogidos en el Estatuto pueden ser también miembros de organizaciones no estatales. Tampoco se exige que la conducta se realice con una intención determinada, como por ejemplo la de obtener información o confesión, lo que desvirtúa, en cierta manera, el concepto tradicional de tortura, acercándolo en cambio a otros textos y tratados de derechos humanos regionales, que prescinden de tales fines. De esta manera, la tortura consiste en el ECPI en la causación dolosa de dolores o sufrimientos físicos o mentales graves a personas sometidas a la custodia o control del sujeto activo, que no sean inherentes o incidentales a la imposición de sanciones legítimas (lo que exige comprobar su licitud desde los estándares internacionales, no bastando con que un tipo de sanción esté admitida por el Derecho interno), y siempre que sean cometidas en el marco de un ataque generalizado o sistemático. Se exige que la víctima esté sometida a custodia o control del sujeto activo, lo que no debe ser entendido necesariamente como

²¹ ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, TC, Judgement (IT-98-33-T,) 2.08.2001, § 521; *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, TC, Decision on Motion for Judgement of Acquittal (IT-02-54-T), 16.06.2004.

²² ICC, *Ruto, Kosgey and Sang*, “Decision on the confirmation of charges”, cit., § 251; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, PTC II, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute” (ICC-01/09-02/11-382-Red), 20.02.2013, § 244.

²³ ICTY, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez (“Lašva Valley”)*, TC, Judgement (IT-95-14/2), 26.02.2001, § 302.

sinónimo de “encarceladas”, sino que incluye cualquier forma de detención o privación de la libertad, incluidas las situaciones de desaparición forzada, o cualquier otro tipo de dominio sobre una persona, incluida la esclavitud.

La conducta, igual que en las modalidades anteriores, tiene que ser dolosa, lo que incluye el conocimiento de que se infinge el daño y de su incardinación en el contexto.

3.2.7. Violación.

Los Elementos de los Crímenes definen la violación de una manera amplia y avanzada, siguiendo la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*²⁴: “La violación consiste en invadir el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. Es preciso que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción”, entendido de manera amplia, incluyendo la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, que puede derivar incluso de la presencia militar²⁵. También se incluyen otras situaciones en que no existe consentimiento válido, porque la conducta se realiza contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento²⁶.

3.2.8. Esclavitud sexual.

Esta modalidad de esclavitud se caracteriza porque a las limitaciones a la libertad de movimiento, autonomía y poder de decisión de la víctima se suma la capacidad de decidir sobre asuntos relativos a su actividad sexual, imponiéndole actos de naturaleza sexual, incluida la violación por parte de sus captores en campos o en residencias de solaz, y se extiende, incluso, a los matrimonios forzados, “matrimonios” temporales con soldados y a la trata de personas con fines de explotación sexual²⁷. En el aspecto subjetivo se exige el dolo, que abraza el conocimiento de que la conducta forma parte del contexto requerido.

3.2.9. Prostitución forzada.

Consiste en obligar a una o más personas a realizar uno o más actos de naturaleza sexual no consentidos (o sin consentimiento válido), habiendo obtenido, o con la intención de obtener, el sujeto activo ventajas pecuniarias o de otro tipo, mediante el empleo de la fuerza, o la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de la víctima de dar su consentimiento genuino.

3.2.10. Embarazo forzado.

Consiste en el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. La conducta exige, por lo tanto, primero un delito contra la libertad sexual (incluyendo todo embarazo causado por una acto sexual no consentido, como los supuestos de falta de

²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, TC, Judgment (IT-95-17/1-T), 10.12.1998, § 271; *Kunarac et al.*, TC, Judgment, cit., § 457 ss.

²⁵ CPI, SCP I, *Prosecution v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, “Decision on the Confirmation of the Charges”, cit, para. 440.

²⁶ ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, PTC I, “Decision on the Confirmation of the Charges”, cit., § 440.

²⁷ *Ibidem*, § 431-433.

consentimiento válido distintos a la aplicación de la fuerza física) del que se derive un embarazo, y el posterior confinamiento de la embarazada para que prosiga el embarazo con el objeto de modificar la composición étnica, al ser el sujeto activo de la agresión sexual de etnia diferente a la de la víctima, o con otros fines constitutivos de infracciones graves del Derecho internacional, como por ejemplo el mantenimiento forzado de un embarazo con el fin de utilizar los fetos o a los niños en experimentos (Zorrilla, 2005: 34).

3.2.11. Esterilización forzada.

Consiste en privar a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica sin justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas y sin su consentimiento genuino. Se excluyen de esta modalidad las medidas de control de natalidad, aun obligatorias, que no tengan un efecto permanente en la práctica.

3.2.12. Cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

De la misma manera que en la violación, el término “violencia” se emplea en un sentido amplio, equivalente a falta de consentimiento, lo que incluye los actos de naturaleza sexual realizados sin uso, ni amenaza de la fuerza, aprovechando la incapacidad de la víctima, bien sea por una minusvalía física o mental, o por su edad. El acto puede implicar o no contacto físico. Se exige siempre que sean de gravedad similar a las conductas citadas anteriormente.

Esta modalidad responde a la doctrina de los tribunales *ad hoc*, que condenaron como crímenes contra la humanidad otros delitos sexuales diferentes a la violación, a pesar de no aparecer expresamente citados en sus Estatutos. El TPIR calificó, por ejemplo, como otros actos de violencia sexual, la desnudez forzada en público²⁸.

Las conductas han de realizarse de forma dolosa, lo que incluye la conciencia de que se enmarca en un ataque generalizado o sistemático.

3.2.13. Persecución.

Consiste en la privación intencional y grave a una o más personas de derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional, siempre que esas personas hayan sido elegidas como objetivo en razón de la identidad del grupo o la colectividad al que pertenecen y contra el que se dirige la conducta (Liñán Lafuente, 2009: 103 y ss.). Los actos de persecución deben ser cometidos por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional. Además los Elementos de los Crímenes especifican que la conducta debe cometerse en relación con otros crímenes de competencia de la Corte.

Con todo, las conductas concretas que puedan ser objeto de esta modalidad quedan sin definir y resulta extremadamente difícil dotarlas de contenido. Por ejemplo, se incluyen ataques a la propiedad privada (siempre que se consideren bienes esenciales o vitales) realizados en conexión con otros crímenes de la competencia de la Corte (Ambos y Wirth, 2002: 72) o la destrucción de hogares y propiedades necesarias para que la víctima pueda sobrevivir, cometida en relación con las deportaciones y traslados forzados de población, por ejemplo para obligar a las víctimas a marcharse o para evitar su regreso²⁹.

²⁸ TPIR, Prosecutor v.. Akayesu, Judgement. para 449.

²⁹ ICTY, *Kordić and Čerkez* TC, Judgement, cit., § 205; Prosecutor v. Tihomir Blaškić, TC, Judgment (IT-95-14-T), 3.03.2000, §§ 220-233.

La conducta debe ser dolosa, lo que incluye el conocimiento de que se actúa en el marco de un ataque generalizado o sistemático y se exige además actuar con una intención discriminatoria.

3.2.14. Desaparición forzada de personas.

La conducta se compone pues de dos partes, una primera acción: la detención de una persona, que en determinadas circunstancias puede incluso ser inicialmente legal, y una segunda, consistente en una omisión de determinados deberes, que conduce a que la detención se mantenga en condiciones que privan al detenido del amparo de la ley. Tanto la detención, como la negativa a reconocerla o a dar información sobre el paradero o la suerte de la víctima, han de realizarse en nombre o con la autorización o apoyo del Estado o de la organización política.

El tipo subjetivo exige el dolo, que comprende el conocer no sólo la detención sino también la negativa a informar y que la conducta se enmarca en un ataque generalizado o sistemático, y además un elemento subjetivo consistente en la intención de dejar a esa persona fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3.2.15. Apartheid.

Esta modalidad consiste en cometer alguno de los actos enumerados en el art. 7.1 ECPI u otro de naturaleza y gravedad semejante contra una o varias personas en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales con la intención de mantener dicho régimen.

La conducta ha de ser dolosa, lo que incluye la conciencia de que forma parte de un ataque generalizado y sistemático y además se exige la intención de contribuir con la conducta al mantenimiento del régimen de apartheid.

3.2.16. Otros actos inhumanos.

Esta categoría fue seriamente discutida por su ambigüedad, pero finalmente se acordó su mantenimiento porque aparecía en la mayoría de los precedentes, clarificando su contenido. Consiste en cometer actos de la misma naturaleza y gravedad que los anteriormente mencionados que produzcan grandes sufrimientos o un atentado grave contra la integridad física o la salud mental o física. La conducta ha de ser dolosa, lo que comprende el conocimiento de la naturaleza y gravedad del hecho y de que forma parte de un ataque generalizado o sistemático.

4. La regulación de los crímenes de lesa humanidad en el Código penal español

La ratificación por España del ECPI motivó la adecuación de nuestro ordenamiento a dicho texto incluyendo la tipificación en el CP español de los crímenes contra la humanidad por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE nº 283, de 26 de noviembre de 2003), aunque la definición española de este delito dista bastante de la internacional (Gil Gil, 2006: 1 y ss.). Así el primer y más llamativo cambio se produce en el elemento contextual, ya que en el CP español, siguiendo la propuesta realizada por el *Grupo de Estudios de Política Criminal* (GEPC, 2002: 38), los crímenes de apartheid y persecuciones no se entienden como modalidades de crímenes contra la humanidad sino como especificaciones del contexto en el que deben ser realizadas todas las modalidades para constituir crímenes contra la humanidad. Estas dos concreciones del contexto típico en modo alguno integran un listado cerrado de situaciones, sino que deben entenderse como dos ejemplos que *ex legem* equivalen al contexto de “ataque generalizado o sistemático” (Landa Gorostiza, 2004: 70 y ss.). Esta discrepancia con la legislación y la jurisprudencia

internacionales hará que conductas que para el Derecho internacional son constitutivas de crímenes contra la humanidad no puedan sin embargo ser calificadas como tales conforme a la legislación interna, ya que, como hemos visto, para el Derecho internacional el crimen de “persecución” tiene un contenido propio, consiste en privaciones graves de derechos fundamentales realizadas por motivos discriminatorios, conectadas con otras conductas constitutivas de crímenes internacionales, pero no coincidentes con las mismas. Estas conductas no encuentran en cambio acomodo en la redacción española al haberse eliminado la persecución como modalidad (Gil Gil, 2015: 765 s.).

En la redacción concreta de las distintas modalidades se han eliminado términos superfluos de la redacción internacional, como el de exterminio, que no significa cosa distinta que dar muerte, o la esclavitud sexual, reconducible a las modalidades de prostitución o de esclavitud, o la mención expresa de la esterilidad, reconducible a las lesiones. En cambio hubiera sido necesaria una definición expresa del crimen contra la humanidad de violación (Gil Gil, 2015: 765 s.), ya que en Derecho penal internacional la violación es un tipo más amplio que para el Código penal español (Ojinaga Ruiz, 2003: 1021 y ss.), al incluir conductas no consentidas pero tampoco violentas, que en Derecho español se subsumirían en el abuso sexual³⁰, lo que puede dar lugar a una nueva laguna en nuestra definición de los crímenes contra la humanidad.

La redacción de la modalidad de embarazo forzado (art. 607bis 5º) es algo confusa, y deberá exigirse tanto que el embarazo haya sido causado por la fuerza (lo que incluye violencia, intimidación o falta de consentimiento válido, es decir, un delito contra la libertad sexual del que se derive un embarazo no deseado) como que se obligue por la fuerza a proseguir el estado de gestación. Tampoco se ha incluido el requisito establecido en el delito internacional del confinamiento, por lo que esta modalidad entrará en concurso ideal, en su caso, con las detenciones ilegales, lo que salva la escasa penalidad que se ha previsto para la misma.

La reforma de 2015 ha modificado la definición de la modalidad de desaparición forzada, deficiente en la redacción anterior, acercándola a la definición internacional, y poniendo el acento, como aquella, en el hecho de sustraer al detenido de la protección de la ley, verdadero núcleo de lo injusto de esta figura. Sin embargo, sorprendentemente la versión española no incluye, como lo hace el Estatuto de la CPI, a sujetos activos que actúen perteneciendo o bajo el amparo o la aquiescencia de una organización política, sino que los limita a aquellos que actúan desde o con la tolerancia del Estado, lo que a su vez contradice la definición que vimos más arriba del elemento contextual.

En el castigo de la tortura como crimen contra la humanidad se ha suprimido la referencia contenida en el ER que descarta considerar tortura al “dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”, en el entendimiento de que “las “sanciones lícitas”, para serlo, han de acomodarse a una serie de principios mínimos, entre los que se encuentra, con claridad, la contraposición “tortura-licitud”, de modo que la tortura “no puede ser consecuencia normal o fortuita de sanciones que respondan a las exigencias del Estado de Derecho, cualquiera que sea el marco cultural en que éste se inserte” (GEPC, 2002: 33-34).

³⁰ Sentencia del TPIY de 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T y Sentencia del TPIY de 22 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, IT-96-23&23-1.

Las conductas relativas a la prostitución que según el CP español constituyen crímenes contra la humanidad se extienden más allá de la regulación internacional, al incluir conductas materialmente preparatorias, como es el traslado de personas con tales fines.

Para garantizar el respeto al principio de legalidad se decidió sustituir la fórmula “acto inhumano de carácter similar” de la redacción internacional por la sanción de determinadas conductas concretas, como la mera puesta en peligro de la vida y la salud, y las lesiones no graves, pero con ello, lejos de meramente concretar la cláusula analógica, se ha procedido a ampliar el concepto de crimen contra la humanidad respecto de la regulación internacional, pues las conductas introducidas por la legislación española son de gravedad menor a la del resto de modalidades.

En relación con el tipo subjetivo, los crímenes contra la humanidad son también en nuestro Código penal exclusivamente dolosos, lo que, como señaló la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo³¹, exige que el dolo del autor se extienda al elemento contextual, y abarque la conexión de su acto con el mismo, aunque no es necesario que tuviera conocimiento de todas las características del ataque, ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado u organización. El móvil con el que actúe el autor es en general indiferente, solo para la modalidad de persecución, convertida en nuestro CP en una especificación posible del contexto, se exige un móvil discriminatorio³².

El artículo 607 bis establece unos marcos penales que por lo general imponen una pena superior en grado a la que corresponde según nuestro CP a la lesión del bien jurídico afectado en cada caso cuando la misma constituye un delito común (deberían sin embargo revisarse las penas propuestas para el embarazo forzoso y la esclavitud). La reforma de 2015 ha introducido la pena de prisión permanente revisable para el supuesto de muerte con independencia de las circunstancias concurrentes en la misma. Y ha añadido para todas las modalidades la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre.

En España solo ha habido hasta la fecha una condena por crímenes contra la humanidad: la establecida en la sentencia de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril (caso Scilingo) (Gil Gil, 2005). La sentencia citada operó un cambio en la calificación jurídica de los hechos imputados al acusado originariamente bajo la calificación de genocidio, realizando una acertada distinción de ambos delitos y desgranando los elementos del crimen contra la humanidad en un pormenorizado análisis conforme a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*³³. Sin embargo esta sentencia fue casada con posterioridad por la STS 798/2007 de 1 de octubre, por infracción del principio de legalidad, ya que el tipo penal de los crímenes contra la humanidad fue introducido en nuestro ordenamiento muchos años después de la comisión de los hechos que se enjuiciaban (Lamarca Pérez, 2007: 69-77; Gil Gil, 2009: 391 ss.). En esta sentencia el Tribunal Supremo (TS) rechazó de nuevo, con razón, calificar los hechos como genocidio y condenó finalmente a Scilingo por asesinatos y detenciones ilegales del Código penal español, a las penas previstas

³¹ SAN 19 de abril de 2005.

³² De la misma opinión SAN 19 de abril de 2005.

³³ No en vano el ponente de la sentencia, José Ricardo de Prada Solaesa, había sido Juez internacional en la Sala Especial para crímenes de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia Herzegovina, siendo por tanto uno de los mayores especialistas en la materia en nuestra judicatura.

para dichos delitos comunes, pero declarando al vez que los hechos constituyen crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional³⁴.

En la actualidad se discute en la jurisprudencia si los crímenes de la organización terrorista ETA pueden ser calificados como crímenes contra la humanidad³⁵. En mi opinión tal calificación es forzada e instrumental (pretende extender la imprescriptibilidad a supuestos de terrorismo sin resultado de muerte). El resultado al que se llegue dependerá de la concreción del elemento político de los crímenes contra la humanidad y del tipo de organizaciones que pueden cometerlos, en razón de tal elemento³⁶. Como hemos visto la jurisprudencia de la CPI no ha sido de gran utilidad al respecto, al dejar el asunto sumamente indefinido.

Bibliografía

- AMBOS, K. (2011), *Internationales Strafrecht*, 3. Ed., Beck, Munich.
- AMBOS, K., y WIRTH, S. (2002), "The current Law of Crimes Against Humanity", *Criminal Law Forum*, 13, pp. 1-90.
- BASSIOUNI, CH. (2011), *Crimes Against Humanity Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge.
- CAPELLÁ I ROIG, M. (2005), *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- DELMAS-MARTY, M., FOUCHARD, I., FRONZA, E. y NEYRET, L. (2013), *Le crime contre l'humanité*, 2^a ed., PUF, Paris.
- DIXON, R. y HALL, C. K. (2008), "Art. 7". En: TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 2^o ed, pp. 159-274.
- GIL GIL A., y MACULAN, E. (2013), "Responsabilidad de proteger, Derecho penal internacional y prevención y resolución de conflictos". En: REQUENA, M., *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, Madrid, IUGM, pp. 35-64.
- GIL GIL, A. (2016) "Crímenes contra la humanidad". En: GIL GIL, A., MACULAN, E., (Dir.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, pp. 369-388.
- GIL GIL, A. (2015) "Art. 607 bis". En: GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*. Tomo VI, Editorial Aranzadi, 1^a Edición, 2015, pp. 765 -778.
- GIL GIL, A. (2009) "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo". En: CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dir.), *Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional*. Tecnos, Madrid, pp. 391 – 41.
- GIL GIL, A. (2006), *Bases para la persecución nacional de crímenes internacionales en España*, Comares, Granada.
- GIL GIL, A. (1999), *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid.
- GÓMEZ BENITEZ, M. (2001), "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español", *El Derecho penal internacional, Cuadernos de Derecho Judicial EJ CGPOJ*, VII, pp. 9-36.

³⁴ La AN había argumentado que no existía retroactividad al encontrarse la prohibición de dichos crímenes ya contenida en la costumbre internacional al tiempo de comisión, aunque no estuviera recogida en el Código penal español. El TS no admitió esta argumentación rechazando, con razón, que la costumbre pueda ser fuente de derecho penal aplicable por los tribunales españoles.

³⁵ Auto del JCI n. 3 de la AN, de 9 de julio de 2015 y Auto 410/2015 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 4^a, de 24 Sep. 2015.

³⁶ En favor de una estricta distinción entre terrorismo y crímenes contra la humanidad, véase PÉREZ CABALLERO, 2013: 15.

- LAMARCA PÉREZ, C. (2007), "Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo". En: *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 34, pp. 69-77.
- LANDA GOROSTIZA, J. (2004), "El "nuevo" crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Revista Penal*, nº 14, pp. 70-90.
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2009), "La construcción del crimen de persecución en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, ad-hoc", *Revista de Derecho penal y Criminología*, Nº 1, pp. 103-145.
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2016), *El crimen contra la humanidad*, Dykinson, Madrid
- LUBAN, D. J. (2004), "A Theory of crimes against humanity", *The Yale Journal of International Law*, XXIX, 90, pp. 85-167. (Existe traducción al castellano: LUBAN, D. J. (2011), *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, traducción de MALARINO, E. y VÁZQUEZ, M., Temis, Bogotá).
- MORRIS, V. y SCHARF, M. (1995), *An insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. A documentary History and Analysis*, 1, Transnational Publishers, New York.
- OJINAGA RUIZ, M. (2003), "El tratamiento jurídico internacional de la violación y otras agresiones sexuales contra mujeres civiles en período de conflicto armado". En: *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, Universidad de Cantabria, pp. 1021-1050.
- PÉREZ CABALLERO, J. (2015), *El elemento político en los crímenes contra la humanidad, La expansión de la figura al crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006-2012*, Dykinson, Madrid.
- PÉREZ CABALLERO, J. (2013), "Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 15, 1-30.
- SCHWELB, E. (1946), "Crimes Against Humanity", *The British Year Book of International Law*, vol. 23, 178-227.
- SHABAS, W. (2008), "State policy as an element of international crimes", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, pp. 953-982.
- UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION (1948), *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, HMSO, Londres.
- VON HEBEL, H. y ROBINSON, D. (1999), "Crimes within the Jurisdiction of the Court". En: LEE, R. S. (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, The Hague, Kluwer Law International, pp. 79-126.
- WERLE, G. (2012), *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- ZORRILLA, M., (2005), *La Corte penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*, Universidad de Deusto, Bilbao.

Blanqueo de capitales y Derecho internacional¹

Money laundering and international law

Francisco Jiménez García

Profesor Titular Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)
francisco.jimenez@urjc.es

Recibido / received: 18/01/2016
Aceptado / accepted: 03/03/2016

Resumen

La regulación internacional del blanqueo de capitales es relativamente reciente. Si bien es cierto que en su origen esta normativa se concebía como instrumental en la lucha contra el narcotráfico y que en la actualidad juega un papel fundamental en las políticas contra el terrorismo internacional y la corrupción, hoy en día la normativa contra el blanqueo ha cobrado una identidad propia y autónoma generando todo un entramado jurídico que impone sustanciales medidas de diligencia y sanción tanto a los Estados como a los distintos agentes privados intervenientes.

Palabras clave

Blanqueo de capitales, Derecho internacional, narcotráfico, terrorismo internacional; diligencia debida.

Abstract

International money laundering regulation is relatively recent. While it is true that originally this regulation was conceived as instrumental in the fight against drug trafficking and currently plays a fundamental role in policies against international terrorism and corruption, today the rules against money-laundering has gained autonomous identity, creating a whole legal system that imposes substantial diligence due measures and sanction both the States and the private agents involved.

Keywords

Money laundering; International law; drug trafficking; international terrorism; diligence due.

SUMARIO. 1. Aproximación al fenómeno del blanqueo de capitales: proceso, deslocalización globalizada en el ciberespacio y

¹ Este trabajo se corresponde esencialmente con lo publicado en la monografía JIMÉNEZ GARCÍA, F (2015), La Prevención y Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Corrupción. Interacciones Evolutivas en un Derecho Internacional Global, Comares, Granada, obra financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad a través del Proyecto de Investigación I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad cuya referencia es la siguiente: DER2013-41962-R.

profesionalización. 1.1 Origen de la regulación del blanqueo de capitales y medidas complementarias para su efectiva erradicación vinculadas a la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo internacional. 1.2 Concepto de blanqueo como proceso, técnicas operativas de comisión y características del fenómeno. 2. Evolución internacional de la regulación del blanqueo de capitales y de los delitos determinantes. De la vinculación con el narcotráfico a la conexión con una amplia gama de delitos principales, incluido el delito fiscal. 2.1. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicológicas adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988. 2.2 Del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990 a la Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000. 2.3. Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo hecho en Varsavia el 19 de mayo de 2015. 2.4. Las Directivas de la Unión Europea. 3. El carácter autónomo y universal del delito de blanqueo respecto a los delitos determinantes.

1. Aproximación al fenómeno del blanqueo de capitales: proceso, deslocalización globalizada en el ciberespacio y profesionalización.

1.1 Origen de la regulación del blanqueo de capitales y medidas complementarias para su efectiva erradicación vinculadas a la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo internacional.

Según algunos autores, el origen del término blanqueo de capitales (o lavado de dinero, de bienes o de activos²) deriva de las prácticas de los grupos mafiosos de los años 20 del siglo pasado cuando adquirían cadenas de lavanderías automáticas que convertían en negocios-tapadera de sus actividades criminales. Más allá de que tal aseveración constituya o no un mito favorecido por la sugerente atmósfera literaria y cinematográfica atribuida a esos años y a la mafia³, el término “blanqueo de capitales” es relativamente reciente. Si bien parece ser que fue introducido en el asunto *Watergate* de 1970 por parte de la policía y los medios norteamericanos, esta expresión fue empleada por primera vez en el ámbito judicial de los Estados Unidos en 1982 en el asunto *US c. \$4.255.625,39* relativo al comiso de dinero supuestamente blanqueado procedente del tráfico de cocaína colombiana. También será en EEUU donde se adopte la primera normativa relativa a la prevención de la actividad del blanqueo con la aprobación de la *US Bank Secrecy Act* (BSA) de 26 de octubre de 1970, reforzada con la celebración del Tratado US-Suiza de asistencia jurídica mutua de 1973, actividad que adquirió en este país la condición de delito mediante la *Money Laundering Control Act* de 1986 (MLCA), al igual que ocurría en

² Según Isidoro Blanco Cordero hablar de “lavado” o “blanqueo” está en función de la distinción entre “dinero negro” y “dinero sucio”. Si el dinero es negro hay que blanquearlo y si está sucio hay que limpiarlo o lavarlo. La distinción se realiza con base en la fuente del dinero o bienes; dinero negro es el que se origina en actividades comerciales legales pero que elude las obligaciones fiscales, y dinero sucio es el que procede de negocios delictivos. Vid. Blanco Cordero (2012: 84) y Mallada Fernández (2012: 31-48).

³ Sobre esta cuestión, vid. Durrieu (2013: 13-14), Madinger (2012: 11-68), Gilmore (2011), Stessens (2008: 82-84), Serio (2004: 442-443) y Chaikin (1992: 415-416).

el Reino Unido con la adopción de la *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 (DTOA)⁴.

Si en su origen las medidas de política legislativa referidas al blanqueo de capitales se entendían como imprescindibles para la consecución de una efectiva lucha contra el narcotráfico, en la actualidad la adopción de tales medidas se conciben como imprescindibles en la lucha contra la financiación del terrorismo internacional. Tanto el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, las distintas resoluciones del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco de la lucha contra el terrorismo – desde la Resolución 1373 (2001) hasta la Resolución 2178 (2014) –, así como las Recomendaciones suscritas en 2012 por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), comprometen a los Estados a establecer medidas de diligencia debida reforzada en la identificación y el seguimiento de los fondos asignados para estas actividades delictivas así como el desarrollo de procedimientos y mecanismos que aseguren la confiscación o comiso de los bienes e ingresos derivados del delito, incluyendo la creación de organismos de recuperación de activos (ORA). A tal efecto y de la misma forma que los convenios antiblanqueo que analizaremos más adelante, esta normativa prevé, entre otras cuestiones, el establecimiento de unidades de inteligencia/información financiera (UIF) de carácter nacional y central que deberán recabar, analizar y comunicar a las autoridades competentes la información relativa a un posible blanqueo de capitales o financiación del terrorismo; la obligación de que las instituciones financieras así como otras entidades, proveedores de servicios o profesiones identifiquen e informen sobre clientes habituales u ocasionales en relación con ciertas actividades sospechosas o inusuales; la responsabilidad penal, civil o administrativa a las personas jurídicas involucradas; la constitución de registros públicos sobre estas informaciones; la conservación de los datos relativos a la identificación de los clientes y sus operaciones; prohibir, cuando proceda, la revelación de que se ha transmitido un informe de operación sospechosa o de información conexa o de que se está realizando o puede realizarse una investigación por blanqueo; y que el secreto bancario dejará de ser una justificación para negarse a la cooperación internacional.

1.2 Concepto de blanqueo como proceso, técnicas operativas de comisión y características del fenómeno.

Con el término blanqueo de capitales nos estamos refiriendo ante todo a un proceso. El blanqueo, como ha destacado Fabián Caparrós (2007: 74), es *un proceso y no el resultado de un proceso*, dado que difícilmente puede hablarse con propiedad de una meta –la total y absoluta desaparición de las trazas en ese capital que pudiera revelar su origen ilícito– cuando la razón nos lleva a pensar que esa meta es, de hecho, tan perfectible como teóricamente inalcanzable. El blanqueo supone la transformación o mutación de los bienes producto, directo o indirecto, del delito en bienes de mercado lícito entendiendo, conforme a la Convención de Palermo de Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada de 2000, por “bienes” los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Con su sanción y el decomiso de los bienes se pretende alcanzar la máxima relativa a que el delito no debe resultar provechoso.

⁴ Vid. sobre esta legislación Durrieu (2013: 98-103). Resulta de sumo interés el cuadro sobre la evolución de la normativa antiblanqueo en Estados Unidos, en Europa (Consejo de Europa, Unión Europea y Reino Unido) y con carácter global contenido en Reuter y Truman (2004: 50-53).

De conformidad con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en referencia directa a los criterios establecidos por el GAFI, las tres fases del blanqueo de capitales son las siguientes: a) la *fase de introducción, inserción o colocación del efectivo* en el sistema financiero con el fin de desvincularlas del delito del que procedan como puede ser mediante el ingreso en depósitos en las entradas financieras, la compra de premios de lotería y otras actividades; b) la fase de la *conversión, transformación o encubrimiento* de los caudales mediante la compra de bienes muebles (valiosos, tales como cuadros de obras de arte) o inmuebles, transferencia de fondos con el objeto de dificultar el rastro del dinero, transferencias bancarias internas entre sociedades ya nacionales como internacionales; c) la tercera fase corresponde a la etapa final del ciclo de blanqueo con el que se pretende el *afloramiento de los capitales* ya limpios, es decir, la reintegración ya blanqueados los capitales, generalmente a través de compraventa de inmuebles, utilización de empresas pantalla o ficticias situadas por lo general en paraísos fiscales⁵.

En cada una de estas fases intervienen distintas actividades o técnicas que hacen posible tal proceso y que van desde las más clásicas relativas al transporte o transferencia del dinero en efectivo, las transacciones de inmuebles, el negocio de las joyas o el arte, a las más contemporáneas como las relacionadas con el mundo del deporte (en particular, el fútbol⁶), la utilización de casinos, loterías y otros juegos de azar, la financiación y actuación de las organizaciones filantrópicas, así como la más sofisticada ingeniería financiera, sin olvidarnos del papel de testaferros, abogados y otros asesores jurídicos y contables⁷.

En este recorrido nos encontramos con la práctica del menudeo o *smurfing* (o *pitufo en ciertas versiones*) consistente en fraccionar las transacciones o depósitos para evitar las obligaciones de identificación o comunicación; la técnica de los recaudadores o intermediarios financieros que ponen a disposición de los blanqueadores sus cuentas para que puedan transferir el dinero a otros lugares a cambio de comisiones; la utilización para tales fines de la banca *online* y las transferencias electrónicas; la utilización fraudulenta de las tarjetas de prepago o el dinero electrónico (*e-cash*), así como el denominado dinero virtual (*bitcoin, litecoin o ripple* y *novacoin*) o los mundos virtuales y juegos de rol *online* (como *Second Life* y *World of Warcraft*) ; los créditos simulados en los que mediante el empleo de empresas pantalla (normalmente anónimas en paraísos fiscales) una organización criminal puede prestarse a sí misma sus propios productos blanqueados en un transacción aparentemente legítima; la creación de negocios pantalla mediante los cuales se establecen actividades empresariales que manejan mucho dinero en efectivo –bares, restaurantes, hoteles, supermercados, etc.– y se simula mayor actividad de la existente, justificando así un volumen de negocio que no ha existido y que corresponde al dinero blanqueado; las facturas falsas de importación/exportación; los sistemas bancarios clandestinos o irregulares así como las instituciones financieras no bancarias (los denominados sistemas “*hundi*” o “*hawalla*” que obedecen a las prácticas seguidas por determinados colectivos de

⁵ Cfr. STS 685/2013 de 24 de septiembre de 2013, F.J. 8, Magistrado Ponente Joaquín Giménez García.

⁶ Vid. el informe GAFI sobre el “Lavado del dinero en el sector del fútbol” de 2009, disponible en: <https://www.presidencia.gub.uy/wps/wcm/connect/pvantilavado/405d6fc1-4270-4f98-805d-e9bc3b09d95c/MLenelSectorFtbol.pdf?MOD=AJPERES> (fecha de consulta: 17 de enero de 2016).

⁷ Acerca de las tipologías y distintas técnicas de blanqueo vid. García Noriega (2014: 12-85), Cordero Blanco (2012: 61-82), Mellada Fernández (2012: 181-221), Durrieu (2013: 30-36), Madinger (2012), Gilmore (2014: 31-52), Prieto del Pino et al. (2010: 90-124), Cid Gómez (2007: 55-95), Schott (2006: 7-9) y Reuter y Truman (2004: 25-32).

regiones del mundo) etc. Junto a estas técnicas, encontramos además las facilidades que ofrecen los denominados paraísos fiscales o los centros financieros *offshore* que, de acuerdo con la OCDE y el Foro de Estabilidad Financiera del G-20, se distinguen básicamente por la concurrencia de los siguientes elementos: la provisión de servicios financieros para no residentes; el ambiente regulatorio favorable (regímenes legales y de control flexibles, alto nivel de confidencialidad para el cliente, a través de la revelación mínima de información); falta de transparencia y ausencia de cooperación con los demás países; y nula o baja fiscalidad para los ingresos provenientes de negocios o inversiones de no-residentes⁸.

Como ha destacado el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de España (SEPBLAC) al referirse a los sistemas de compensación, el desarrollo de las sociedades y la internacionalización de las economías han generado la aparición de circuitos financieros, regulares e irregulares, que tienen como objetivo la optimización de las operaciones, eliminando trabas burocráticas, costes transaccionales y, sobre todo, demoras injustificadas. Con estos principios se ha desarrollado una tupida red bancaria que cubre la práctica totalidad del mundo; y también han surgido otros agentes que actúan de forma paralela, en cierto modo subsidiaria, y que ofrecen la inmediata colocación de cualquier capital con cualquier objeto, sea este comercial o escuetamente transaccional. Las notas características de estas operaciones, en su relación con el blanqueo de capitales, son las siguientes:

1. Producen un distanciamiento artificial entre el origen y el destino de los fondos, desligando el vínculo que existe entre ordenantes y beneficiarios.
2. Compensan operaciones entre personas y países diferentes, en las que los actores desconocen el circuito por el que fluyen los fondos y la identidad y ubicación de los partícipes intermediarios.
3. Se produce una total opacidad de la parte comercial que justifica estas operaciones compensatorias⁹.

Por otro lado, tal y como ha sistematizado Blanco Cordero (2012: 56-61), las características actuales del proceso de blanqueo de capitales son las siguientes: la internacionalización/globalización de las actividades de blanqueo, la profesionalización en el ejercicio de tal conducta criminal y la complejidad de los nuevos métodos empleados. En cuanto a la profesionalización y en aras de minimizar riesgos de persecución penal y maximizar oportunidades, esta característica se manifiesta en dos tendencias: mayor profesionalismo de los miembros de la organización y mayor empleo de profesionales externos. Así por ejemplo y respecto a grupos criminales organizados de especial complejidad, entidad o dimensión, resulta frecuente encontrarnos dentro de los mismos la existencia de una sección especializada para el blanqueo, o que determinada organización criminal se especialice en el blanqueo ofreciendo sus servicios a otras organizaciones criminales. Esto deriva en la separación progresiva entre las actividades criminales y las actividades de blanqueo de capitales y en el aumento de blanqueadores profesionales tales como contables y asesores financieros, abogados o juristas, banqueros etc.

⁸ Acerca de este tema vid. Hernandez Vigueras (2008: 23).

⁹ Vid el Informe del SEPBLAC de 2008 sobre "Tipologías de blanqueo de capitales" , disponible en: http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/informe_sobre_tipologias.pdf (fecha de consulta: 17 de enero de 2016).

2. Evolución internacional de la regulación del blanqueo de capitales y de los delitos determinantes. De la vinculación con el narcotráfico a la conexión con una amplia gama de delitos principales, incluido el delito fiscal.

2.1. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicológicas adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988¹⁰.

El concepto de blanqueo de capitales, de forma paralela a lo que había sucedido en la regulación nacional de los EEUU, aparece inextricablemente vinculado a la efectividad de la lucha contra el narcotráfico y sus graves consecuencias. Durante la celebración de la Conferencia que daría lugar a la Convención de 1988, se reconoció que el tráfico ilícito de drogas comporta otras *actividades antisociales* como la delincuencia organizada, la asociación para delinquir, sobornos, cohecho e intimidación de funcionarios públicos, evasión fiscal, violaciones de la legislación bancaria, transferencias monetarias ilegales, delitos de violación de normas de importación o de exportación, delitos relacionados con armas de fuego y delitos de violencia¹¹.

Como puede apreciarse, entre los delitos indicados no aparece explícitamente el “tipo antisocial” de blanqueo de capitales. De hecho, la misma Convención de 1988, que introduce por primera vez la conducta delictiva del blanqueo, evita expresamente su nomenclatura, su verbalización convencional. En los propios Comentarios a la Convención se destaca que, si bien a finales del decenio de 1980 se había producido un amplio consenso en la comunidad internacional en el sentido de que la tipificación del blanqueo de dinero como delito era un componente esencial en la estrategia eficaz de combatir el moderno tráfico internacional de drogas, sin embargo el texto de la Convención no utiliza explícitamente el término “blanqueo de dinero” debido a su relativa novedad (este concepto no figuraba en ninguno de los instrumentos internacionales multilaterales anteriores) y a los problemas de traducción.

En cuanto a la conducta criminal tipificada, el artículo 3 de la Convención dispone que los Estados partes adoptarán las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se comentan intencionalmente:

- i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicológicas que tengan una dimensión internacional previstos en la Convención o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

¹⁰ Esta Convención, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1990, ha devenido en un tratado internacional de alcance universal en la medida en que casi la totalidad de Estados de la comunidad internacional se han constituido en Estados parte de la misma. La Convención y el estado de ratificaciones puede consultarse en la siguiente dirección:

<http://www.unodc.org/unodc/treaties/index.html?ref=menutop> (fecha de consulta: 17 de enero de 2016).

A fecha de enero de 2016, 189 Estados son partes en la misma. España ratificó la Convención el 13 de agosto de 1990, entrando en vigor para nuestro Estado el 11 de noviembre de 1990 (BOE núm. 270 10 noviembre de 1990).

¹¹ Cfr. Naciones Unidas (1987: par. 223).

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos anteriormente indicados o de un acto de participación en tal delito o delitos”.

Por su parte y sin el carácter obligatorio de tipificación de la anterior previsión, se dispone que, a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, también se adoptarán las medidas necesarias para tipificar las siguientes conductas: i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlas, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos convencionalmente previstos o de un acto de participación en tal delito o delitos; ii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados; iii) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión. Finalmente y al igual que la posterior normativa internacional sobre la materia, se admite la *prueba indicaria* al establecer que el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

Como se indica en los Comentarios, la Convención de Naciones Unidas de 1988 limitó sustancialmente el alcance de la regulación del blanqueo de capitales a pesar de las tendencias existentes en el momento de su celebración (en particular, la Declaración de Principios de Basilea sobre prevención del uso delictivo del sistema bancario con fines de lavado de dinero emitida en diciembre de 1988 por el Comité de Basilea sobre Reglamentación y Supervisión Bancaria) y que posteriormente se incorporarían en otros convenios casi coetáneos. Los redactores de la misma asumieron un planteamiento meramente introductorio del delito exhortando a los Estados a que introdujeran mediante la adopción de legislación las novedades auspiciadas por ciertos organismos internacionales (como las previsiones acordadas en el Consejo de Europa, en las directivas de la Unión Europea, en el Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en 1992, las Recomendaciones GAIFI o del Comité de Basilea). Por esta razón, se renuncia a los elementos necesarios para una eficaz estrategia en el combate contra el blanqueo desde la perspectiva de la prevención, como el reconocimiento general de exigir a las instituciones comprendidas en este ámbito que tomaran medidas adecuadas para identificar a los clientes, conservar los datos sobre la identidad de las partes así como los expedientes de categorías específicas de transacciones por períodos establecidos, y el fortalecimiento de la cooperación mediante el establecimiento de vínculos efectivos entre los servicios de información y las autoridades nacionales a efecto de reforzar un sistema de información de “transacciones sospechosas”. Asimismo se reconoce la tendencia favorable a la extensión del delito de blanqueo de dinero más allá del ámbito de los estupefacientes, así como la relativa al criterio extraterritorial de los delitos subyacentes generadores del producto o la referida a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Naciones Unidas, 1999: 54-62). Tanto estas medidas como la tendencia referida se irán incorporando progresivamente en los sucesivos instrumentos internacionales mencionados a continuación.

2.2 Del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990 a la Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000.

Será apenas un año después, cuando mediante el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990¹² y asumiendo el contenido delictual de la Convención de 1989, se introduzca el término de “*delitos de blanqueo*” en su artículo 6. Además, el Convenio europeo *disocia* tales delitos del fenómeno del narcotráfico al referirse de forma categórica a cualquier delito principal sin añadir ninguna otra precisión, dejando tal facultad a los Estados partes; *precisa* que será irrelevante que el delito principal quede sometido a la jurisdicción penal del Estado competente respecto del blanqueo¹³; y *habilita* a los Estados para que puedan establecer que los delitos de blanqueo previstos no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal. De este modo, en el párrafo cuarto se indica que en el momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte podrá dirigir al Secretario General del Consejo de Europa una declaración en la que se establezca que los delitos de blanqueo previstos en el artículo 6 sólo serán de aplicación a los delitos principales o categorías de dichos delitos especificados en dicha declaración.

La Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000¹⁴, amplía en su artículo 6 la conexión existente entre el delito de blanqueo de capitales con los denominados delitos determinantes o principales. En este sentido opta por una técnica mixta, pues exige que los Estados incluirán como delitos determinantes *todos los delitos graves* definidos en el artículo 2 de la Convención así como los delitos tipificados en la misma, esto es: la participación en un grupo delictivo organizado (art. 5); la corrupción (art. 8) y obstrucción a la justicia (art. 23). Por otra parte, se dispone que los Estados cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos

¹² Vid. el Convenio y el estado de firmas y ratificaciones, disponible en: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=141&CM=1&DF=9/9/2008&CL=ENG> (fecha de consulta: 17 de enero de 2016). Todos los Estados miembros del Consejo de Europa son Estados partes en el mismo más Australia. Fue publicado en el *BOE* núm. 252 de 21 de Octubre de 1998. El Convenio entró en vigor de forma general el 1 de septiembre de 1993 y para España entrará en vigor el 1 de diciembre de 1998

¹³ Es verdad que el artículo 18.1 del Convenio prevé como causas de negativa y aplazamiento de la cooperación internacional que el delito al que se refiere la solicitud sea un delito de carácter político o fiscal; que la Parte requerida considere que la adopción de las medidas solicitadas sería contraria al principio de “*ne bis in idem*”; o que el delito al que se refiere la solicitud no sería considerado delito con arreglo a la legislación de la Parte requerida si se hubiera cometido dentro de su jurisdicción. No obstante, este motivo para negarse será de aplicación a la cooperación prevista en la sección 2 únicamente cuando el auxilio solicitado requiera coerción.

¹⁴ Acerca de la Convención vid. <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html> (fecha de consulta: 17 de enero de 2016). En enero de 2016, 186 Estados son partes en la Convención que entró en vigor de forma general y para España el 29 de septiembre de 2003 (*BOE* núm. 233 de 29 de Septiembre de 2003). La entonces Comunidad Europea aceptó la Convención el 21 de mayo de 2004 entrado en vigor respecto a la misma el 20 de junio de 2004. También se adoptaron como complementos de esta Convención, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Además mediante Resolución 55/255 de la Asamblea General, de 31 de mayo de 2001 se adoptó el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

delictivos organizados¹⁵. Por *delito grave*, el artículo 2 de la Convención entiende toda conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

Asimismo se prevé que a los efectos de esta disposición convencional (art. 6), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción del Estado en cuestión constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado parte que aplique o ponga en práctica esta disposición si el delito se hubiese cometido allí (principio de doble incriminación)¹⁶. Finalmente, se prevé que si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno del Estado, podrá disponerse que los delitos tipificados de blanqueo de capitales no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante.

2.3. Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo hecho en Varsovia el 19 de mayo de 2015.

En el ámbito europeo nos encontramos con los desarrollos técnicamente más amplios y complejos en esta materia en la medida en que vienen a poner en práctica las distintas Recomendaciones GAFI cuya última revisión se produjo en febrero de 2012. En primer lugar y dentro del marco del Consejo de Europa, que en este ámbito presenta un carácter universal en la medida en que adopta convenios abiertos a todos los Estados de la comunidad internacional, nos encontramos con el Convenio de Varsovia de 2005 relativo al blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo en vigor desde el 1 de mayo de 2008¹⁷. Este Convenio inicialmente se planteó como un Protocolo al Convenio de 1990, pero finalmente y dadas las importantes novedades que introduce se optó por la adopción de un nuevo tratado.

El Convenio de Varsovia constituye, sin lugar a dudas, un acuerdo internacional con evidente vocación reglamentaria pues además de los aspectos sustantivos incorpora una minuciosa regulación procesal desde las primeras diligencias indagatorias hasta la ejecución del decomiso. Esta naturaleza del Convenio y los problemas de compatibilidad/adaptación a los sistemas constitucionales de los Estados, explica, quizá, el número reducido de Estados que

¹⁵ Según la Convención, la expresión “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. La expresión “grupo estructurado” designa a un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

¹⁶ Además conforme al art.18.6, “los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial reciproca con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, de estimarlo necesario, el Estado Parte requerido podrá prestar asistencia, en la medida en que decida hacerlo a discreción propia, independientemente de que la conducta esté o no tipificada como delito en el derecho interno del Estado Parte requerido”.

¹⁷ BOE núm. 155 de 26 de junio de 2010. El Convenio entró en vigor de forma general el 1 de mayo de 2008 y entró en vigor para España el 1 de julio de 2010.

se han constituido en partes del mismo¹⁸. Además de los criterios anteriormente referenciados, este Convenio introduce los siguientes elementos novedosos:

1) En primer lugar, a la hora de determinar cuáles son los delitos determinantes, el artículo 9.4 precisa que siempre que las conductas delictivas de blanqueo obligatorias para los Estados en virtud del párrafo 1 del mencionado artículo se apliquen a las categorías de los veinte delitos principales previstos en el anexo del Convenio que no podrán ser, pues, objeto de exclusión o reserva¹⁹, en el momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Estado miembro o la entonces Comunidad Europea (hoy Unión Europea) podrá dirigir al Secretario General del Consejo de Europa una declaración en la que se establezca que las previsiones del artículo 9.1 serán de aplicación:

“a) Únicamente en la medida en que el delito principal sea punible con una pena de privación de libertad o medida de seguridad con una duración máxima de más de un año o, para las Partes cuyo ordenamiento jurídico prevea un umbral mínimo para los delitos, en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad con una duración mínima de más de seis meses; y/o

b) únicamente a una relación de delitos principales especificados; y/o

c) a una categoría de delitos graves según el derecho interno de esa Parte”.

2) Respecto a la cuestión de la previa y doble incriminación se estipula que cada parte garantizará que pueda imponerse una condena por blanqueo de dinero sin necesidad de una condena previa o simultánea por el delito principal. Asimismo se precisa que puede imponerse una condena por blanqueo en el sentido de esta disposición cuando se haya probado que los bienes objeto de una de las acciones enumeradas en los apartados 1.a) o 1.b) del artículo 9 (delitos de blanqueo de tipificación obligatoria) provienen de un delito principal, sin que sea necesario determinar con precisión de qué delito principal se trata. Finalmente se prevé que cada parte garantizará que los delitos principales de blanqueo abarquen las acciones cometidas en otro Estado que constituyan un delito en dicho Estado y que habrían constituido un delito principal si se hubiera cometido en el territorio nacional. No obstante, se faculta a cada parte para poder prever que la única condición

¹⁸ A Enero de 2016, 27 Estados eran parte en este Convenio: Albania, Armenia, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Georgia, Grecia, Letonia, Ex República Yugoslavia de Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Reino Unido, San Marino, Serbia, Suecia y Ucrania. La Unión Europea firmó el Convenio el 2 de abril de 2009 sin que por el momento lo haya ratificado. Más información en el siguiente enlace: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=198&CM=8&DF=20/02/2014&CL=ENG> (fecha de consulta: enero 17 de 2016).

¹⁹ Vid el Informe Explicativo de la Convención, par. 99. El anexo se refiere a los siguientes delitos: a) la participación en un grupo delictivo organizado; b) el terrorismo, incluida la financiación del terrorismo; c) la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes; d) la explotación sexual, incluida la de los menores; e) el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas; f) el tráfico ilícito de armas; g) el tráfico ilícito de bienes robados y otros bienes; h) la corrupción y el soborno; i) el fraude y la estafa; j) la falsificación de moneda; k) la falsificación y la piratería de productos; l) los delitos medioambientales; m) el asesinato y las lesiones graves; n) el secuestro, la detención ilegal y la toma de rehenes; o) el robo o hurto; p) el contrabando; q) la extorsión; r) la falsificación; s) la piratería, y t) el uso indebido de información privilegiada y la manipulación de los mercados bursátiles.

exigida es que la acción hubiera constituido un delito principal si se hubiera cometido en su territorio²⁰.

2.4. Las Directivas de la Unión Europea.

En el ámbito de la Unión Europea, la trayectoria normativa sobre esta materia ha transcurrido desde la armonización legislativa en aras a la consecución del mercado interior de las entonces Comunidades Europeas a las previsiones específicas en materia de derecho penal iniciadas embrionaria e intergubernamentalmente en Maastricht hasta la integración de la competencia penal prevista en el Tratado de Lisboa de 2007, articulada sobre la regulación específica del principio de reconocimiento mutuo en la cooperación judicial en materia penal (art.82.1 TFUE) y la armonización de legislaciones nacionales tanto desde la perspectiva procesal como sustantiva. La Unión Europea se reconoce competencia (compartida con los Estados miembros) para adoptar normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones. Entre otros ámbitos delictivos, se cita expresamente el blanqueo de capitales y la corrupción (art. 83 TFUE).

Este itinerario legislativo se inicia, en el marco del blanqueo de capitales, con la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991 hasta concluir, por el momento, con la denominada Cuarta Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo²¹ (texto pertinente a efectos del EEE) que incorpora las novedades de las Recomendaciones GAIFI de 2012 y derogará, a partir de 26 de junio de 2017, la Tercera Directiva 2005/60/CE así como la Directiva 2006/70/CE referida a la definición de personas del medio político y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada. Las principales novedades que introduce la Directiva 2015/849 se refieren precisamente a la considerable reducción de los procedimientos simplificados de diligencia debida; a la incorporación de la definición de personas del medio político, incluidas las de los Estados miembros, así como sus familiares y allegados²²; y la

²⁰ No obstante y de nuevo en el marco de la cooperación, se establece que puede ser motivo de denegación de la cooperación que “el delito al que se refiera la solicitud no se consideraría delito con arreglo a la legislación de la Parte requerida si se hubiera cometido dentro de su jurisdicción. No obstante, este motivo para la denegación será de aplicación a la cooperación prevista en la sección 2 únicamente cuando la asistencia solicitada requiera coerción. Cuando se exija la doble incriminación para la cooperación en virtud del presente capítulo, se considerará que el requisito ha sido satisfecho, independientemente de si las Partes clasifican el delito dentro de la misma categoría de delitos o utilizan la misma terminología para referirse al delito, siempre que ambas Partes tipifiquen como delito la acción que constituya la base del delito” (art. 28.1 g).

²¹ DO L 141 de 5 de junio de 2015.

²² Conforme al artículo 3.9) de la Directiva, se entiende por “personas del medio político”: personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, con inclusión de las siguientes: a) jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros, subsecretarios o secretarios de Estado; b) diputados al parlamento o miembros de órganos legislativos similares; c) miembros de órganos directivos de partidos políticos; d) magistrados de tribunales supremos, tribunales constitucionales u otras altas instancias judiciales cuyas decisiones no admitan normalmente recurso, salvo en circunstancias excepcionales; e) miembros de tribunales de cuentas o de los consejos de bancos centrales; f) embajadores, encargados de negocios y alto personal militar; g) miembros de los órganos administrativos, de gestión o de supervisión de empresas de propiedad estatal; h) directores, directores adjuntos y miembros del consejo de administración, o función equivalente, de una organización internacional. Ninguna de las funciones públicas contempladas en las letras a) a h) comprenderá funcionarios de niveles intermedios o inferiores. Asimismo, el párrafo 10 define como “familiares”: a) el cónyuge, o persona asimilable al cónyuge, de personas del medio político; b) los hijos y sus cónyuges

creación en cada Estado miembro de un registro central de titulares reales, que puede ser el Registro mercantil, un registro de sociedades o un registro público cuya información debe estar disponible para autoridades competentes y unidades de inteligencia financiera sin restricción, para entidades obligadas que estén aplicando medidas de diligencia debida y para toda persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo. La Cuarta Directiva mantiene el plazo de cinco años, con carácter general, como el período obligatorio durante el cual las entidades obligadas deben cumplir con sus obligaciones en materia de conservación de documentos y datos, tanto respecto de la documentación relativa a las medidas de diligencia debida, como respecto de la documentación consistente en justificantes y registros de transacciones que sean documentos originales o copias que tengan fuerza probatoria en procedimientos judiciales en virtud del Derecho nacional y que resulten necesarios para identificar las transacciones (en ambos casos, el plazo comienza a contar desde la finalización de la relación de negocios o desde la fecha de la transacción ocasional)²³.

Las directivas europeas ya no distinguen entre los distintos supuestos obligatorios y facultativos de tipificación de las conductas de blanqueo previstos en los convenios internacionales anteriormente examinados. También es taxativa al afirmar que se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país.

En cuanto a qué ha de entenderse por “actividades delictivas”, esta normativa precisa que, como mínimo, se refieren a los siguientes supuestos de delitos graves: a) los actos definidos en los artículos 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo; b) cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; c) las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea; d) el fraude según se define en el artículo 1, apartado 1, y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves; e) la corrupción; f) todos los delitos, (según la Cuarta Directiva, incluidos los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en la legislación nacional de los Estados miembros), que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.

o personas asimilables a cónyuges, de personas del medio político; c) los padres de personas del medio político. Por último, el párrafo 11) precisa que por “personas reconocidas como allegados” se entenderán: a) personas físicas de quienes sea notorio que comparten la titularidad real de una entidad jurídica u otra estructura jurídica con alguna persona del medio político, o que mantienen con ellas cualquier otro tipo de relación empresarial estrecha; b) personas físicas que tengan la titularidad exclusiva de una entidad jurídica u otra estructura jurídica que notoriamente se haya constituido de facto en beneficio de una persona del medio político.

²³ Respecto a la obtención y conservación de datos y su compatibilidad con la normativa europea de protección de datos personales, resultan de interés las sentencias dictadas por la Gran Sala del TJUE el 8 de abril de 2014, en el asunto *Digital Rights Ireland Ltd. C-293/12 y C-594/12*, y el 6 de octubre de 2015, en el asunto *Schrems y Data Protection Commissioner (C-362/14)* que afecta a la Decisión 2000/520/CE por la que se autoriza la transferencia de datos personales a Estados Unidos.

La inclusión del delito fiscal por parte de la Directiva 2015/849 resulta coherente con el enfoque seguido a nivel internacional en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Además, se añade que la mejora de los procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales contribuirá también a la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal. Tal previsión obedece asimismo a la inclusión de tales infracciones fiscales en la categoría de delitos previstos en las Recomendaciones GAFI (2012), en particular en la Recomendación N° 37 en la que se exhorta a superar las previsiones de determinados convenios internacionales que prevén la posibilidad de negarse a la cooperación o asistencia jurídica recíproca internacional en relación con los delitos relacionados con asuntos fiscales²⁴.

En cuanto a los sujetos obligados, las directivas se aplican a entidades de crédito, entidades financieras, miembros de profesiones independientes del Derecho, notarios, auditores, asesores fiscales, agentes inmobiliarios, casinos y proveedores de servicios de juegos de azar, o a sociedades y fideicomisos y todo proveedor de bienes (siempre que los pagos se efectúen en efectivo y por importe superior a 15.000 euros o 10.000 según la Cuarta Directiva). Se exime a los notarios, otros profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales de la obligación de comprobar la identidad del cliente y el titular real, en la medida en que esas personas estén determinando la posición jurídica de su cliente o están ejercitando sus labores de defensa o representando a dicho cliente en un procedimiento judicial o en relación con dicho procedimiento, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo. Además, los Estados miembro pueden designar un organismo autorregulador de la profesión (conocidos en España como “Órganos Centralizados de Prevención” –OCP–) respecto a los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios y otros profesionales independientes del Derecho, que actuase como la autoridad a la que dichos colectivos debían informar en primera instancia de la existencia de operaciones sospechosas en lugar de la UIF, y que estos organismos transmitirían de inmediato la información sin filtrar a la UIF. En cuanto al OCP de los abogados, el considerando 39 de la Cuarta Directiva, en referencia a la Sentencia *Michaud* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵, precisa que un sistema de notificación en primera instancia a un organismo autorregulador constituye una salvaguarda importante para la protección de los derechos fundamentales en lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los abogados. Asimismo, señala que los Estados miembro deben prever medios y procedimientos que permitan garantizar la protección del secreto profesional, la confidencialidad y la privacidad.

3. El carácter autónomo y universal del delito de blanqueo respecto a los delitos determinantes.

Como puede apreciarse, la evolución jurídico-internacional del blanqueo de capitales aspira a su configuración autónoma y universal de tal forma que la gama de delitos determinantes sea lo más amplia posible, optándose claramente por *toda conducta delictiva* que lleve aparejada una pena privativa de libertad de un año de duración, con independencia del lugar de comisión del delito principal o determinante y de la existencia de una condena judicial previa. En realidad esta pretensión aparece recogida en la Recomendación N° 3 GAFI (2012) cuando se exhorta a los Estados a aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de

²⁴ En el caso del sistema español, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 estimó que el delito fiscal puede constituir delito determinante del de blanqueo de capitales.

²⁵ Cfr. TEDH, Sentencia *Michaud c. Francia*, de 6 de diciembre de 2012.

incluir la más amplia gama de delitos. En la nota explicativa de esta Recomendación se precisa que los delitos previos se pueden definir por referencia a todos los delitos o a un umbral vinculado con la categoría de delitos graves o penados con la prisión aplicable al delito previo (*criterio del umbral*) o bien a una lista de delitos determinados o una combinación de estos enfoques. Cuando los países apliquen el criterio del umbral, los delitos deben, como mínimo, incluir todos los delitos que caen dentro de la categoría de delitos graves en virtud de su legislación nacional o deben incluir delitos que se castigan con una pena máxima de prisión de más de un año o, para aquellos países que tienen un umbral mínimo para los delitos en su ordenamiento jurídico, los delitos previos deben comprender a todos los delitos que se castigan con una pena mínima de más de seis meses de prisión. Además se señala que el delito de blanqueo de capitales debe hacerse extensivo a cualquier tipo de bienes, independientemente de su valor, que directa o indirectamente represente el producto del delito; que al probar que el bien es producto del delito, no debería ser necesario que una persona sea condenada por el delito; y que los delitos previos del blanqueo de capitales deben extenderse a las conductas que tuvieron lugar en otro país, que constituya un delito en ese país y que habría constituido un delito subyacente de haberse cometido en el país, subrayando que los países pueden establecer que el único requisito es que la conducta hubiera constituido un delito, de haber ocurrido en el país.

En el Código Penal español (art. 301 CP) se opta por la opción más amplia referida a los bienes que tenga su origen en una actividad delictiva, incrementándose la pena en virtud del tipo penal determinante (tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraude y exacciones ilegales; negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función: delitos sobre ordenación del territorio y el urbanismo). Asimismo se prevé la persecución del blanqueo aun cuando el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados, hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Bibliografía

- BLANCO CORDERO, I. (2012), *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CHAIKIN, D. A. (1992), "Money laundering as a supra-national crime: a investigatory perspective". En: ESER, A. y LAGODNY, O., *Principles and Procedures for a Transnational Criminal Law*, Freiburg, Max-Planck Institute, pp. 415-455.
- CID GÓMEZ, J.M. (2007), *Blanqueo Internacional de Capitales. Cómo Detectarlo y Prevenirllo*, Deusto, Barcelona.
- DURRIEU, R. (2013) *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. (2007), "Tipologías y lógica del lavado de dinero". En: BLANCO CORDERO, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. y ZARAGOZA AGUADO, J., *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Washington, D.C , Organización de los Estados Americanos, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo, pp. 7-122.
- GARCÍA NORIEGA, A. (2014), *Blanqueo y Antiblanqueo de Capitales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid.
- GILMORE, W.C. (2011), *Dirty Money: The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and the Financing of Terrorism*, Council of Europe, Strasbourg.
- HERNANDEZ VIGUERAS, J. (2008), *La Europa Opaca de las Finanzas y sus Paraísos Fiscales Offshore*, Icaria, Barcelona.

- JIMÉNEZ GARCÍA, F (2015), *La Prevención y Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Corrupción. Interacciones Evolutivas en un Derecho Internacional Global*, Comares, Granada.
- MADINGER, J. (2012) *Money Laundering: A Guide for Criminal Investigators*, CRC Press, Taylor and Francis Group, Boca Raton, Florida.
- MALLADA FERNÁNDEZ, C. (2012), *Blanqueo de Capitales y Evasión Fiscal*, Lex Nova, Valladolid.
- NACIONES UNIDAS (1987), *Informe de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas*, Viena, 17 9 a 26 de junio de 1987.
- NACIONES UNIDAS (1999), *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicológicas 1988*, Publicación de las Naciones Unidas, Ginebra.
- PRIETO DEL PINO, A.M., GARCÍA MANGA, D.I., MARTIN PARDO, A. (2010), “La deconstrucción del concepto blanqueo de capitales”, *InDret*, núm.3, pp. 1-36.
- REUTER, P., y TRUMAN E.M. (2004), *Chasing Dirty Money. The Fight against Money Laundering*, Institute for International Economics, Washington
- SERIO, D. (2004), “Fueling global crime: the mechanics of money laundering”, *International Review of Law Computer & Technology*, núm.3, pp. 435-444.
- STESSENS, G. (2008), *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, Cambridge.

Refugiado Refugee

Silvia Morgades Gil
Universidad Pompeu Fabra
silvia.morgades@upf.edu

Recibido / received: 15/02/2016
Aceptado / accepted: 15/03/2016

Resumen

La voz “refugiado” designa, en Derecho internacional, a una persona que se encuentra fuera de su país de origen y que no puede volver a él por el fundado temor de sufrir determinados tratos contrarios a la protección internacional de los Derechos Humanos. Desde 1951, la Convención de Ginebra establece una definición de refugiado en Derecho Internacional general, y también un estatuto jurídico para las personas cuya situación encaja en la de la definición, en el que destaca la regla del non-refoulement. En algunos sistemas regionales se han adoptado textos con distintos grados de obligatoriedad y relevancia que amplían el concepto de “refugiado” recogido en la definición universal. En el entorno de la Unión Europea, además, la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo ha permitido armonizar la interpretación que las autoridades de los estados miembros deben realizar de los conceptos jurídicos indeterminados de la definición de “refugiado” de la Convención de Ginebra, así como establecer un estatuto de derechos substantivos y procedimentales que incorpora el estándar de protección marcado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de los límites al retorno de las personas extranjeras.

Palabras clave

Asilo, non-refoulement, migraciones forzadas, persecución, Derechos Humanos.

Abstract

Abstract: The word "refugee" designates, in International Law, a person who is outside their country of origin and who cannot return to it due to a well-founded fear of suffering certain treatments contrary to the international protection of Human Rights. Since 1951, the Geneva Convention establishes a refugee's definition in general International Law, and also a legal status for people whose situation fits the definition. The non-refoulement rule stands out in this status. In some regional systems they have been adopted legal texts with different degrees of relevance and binding nature that extend the concept of "refugee" enshrined in the universal definition. In the European Union, also the creation of a Common European Asylum System has allowed the harmonization of the interpretation that the authorities of the member states should make of the undefined legal concepts of the definition of "refugee". This system establishes as well a statute of substantive and procedural rights that incorporates the standard of protection set by the European Court of Human Rights on the limits to the return of foreigners.

Keywords

Asylum, non-refoulement, forced migrations, persecution, Human Rights.

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. Contexto normativo y metodológico del concepto “refugiado”. 1.2. Distinción entre refugio, asilo y otras figuras afines. 2. La noción de “refugiado” en el Derecho Internacional. 2.1. El surgimiento de la noción de “refugiado” en Derecho Internacional. 2.2. La definición de refugiado en el Derecho Internacional universal actual. 2.3. Otras expresiones que contienen la expresión “refugiado”. 2.4. Refugiados y necesidad de protección. 2.5. El concepto de refugiado en los sistemas regionales. ANEXO.

1. Introducción

La voz “refugiado” designa a una persona que se encuentra fuera de su país de origen y que, por motivos relacionados con un temor bien fundado de ser sometido a sufrimientos graves contrarios a los derechos humanos (riesgo para la vida, la libertad o la seguridad), no puede (o no quiere) volver a él y se encuentra en necesidad de protección internacional. “Refugiado”, por tanto, designa a una persona que busca o se beneficia de una protección de substitución de aquella que, en circunstancias normales, los Estados brindan a sus nacionales (y a otras personas que tienen en el país su residencia habitual, como los apátridas). En la actualidad, la noción normativa de “refugiado” más extendida es la que se encuentra en la definición recogida en el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados¹. De todos modos, algunos sistemas regionales han adaptado la noción universal de refugiado a sus necesidades particulares, en general, ampliado el alcance de la definición. La voz “refugiado” se refiere también a un estatuto jurídico que se deriva de la interacción entre la propia Convención de Ginebra y los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos.

1.1. Contexto normativo y metodológico del concepto “refugiado”.

En Derecho Internacional se ha ido configurando el régimen internacional del asilo y el refugio como un régimen específico que está compuesto de normas convencionales, consuetudinarias, principios y estándares, que se enmarca en el ámbito normativo más amplio de la protección de los Derechos Humanos. Así, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el marco conceptual y metodológico en el que se inscribe la protección de los refugiados. Los refugiados son personas que se han trasladado de un país a otro, por lo que también son inmigrantes en un país extranjero. Ello no obstante, en tanto que inmigrantes forzados, sólo les será aplicable de forma tangencial las normativas internas de los estados respecto de la inmigración, en la medida en que sean compatibles con el régimen del asilo y el refugio. Los tres regímenes normativos dedicados a la protección de la persona humana en Derecho Internacional son complementarios e interaccionan entre sí: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional del asilo y el refugio. Este último régimen también es aplicable en contextos de conflicto armado, si bien el Derecho Internacional Humanitario ofrece reglas específicas aplicables a los flujos masivos ocasionados por estos conflictos.

1.2. Distinción entre refugio, asilo y otras figuras afines.

¹ En España se publicó en *Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967*, BOE de 21 de octubre de 1978, núm. 252, pp. 24310-24328.

Los refugiados, los asilados, los demandantes de asilo, y las personas desplazadas internamente son sujetos todos ellos de migraciones forzadas. Las migraciones forzadas son aquellas en las que el o los elementos determinantes son aquellos que fuerzan a huir, aunque también existan otros motivos para la emigración². Las causas de la huida importan desde el punto de vista normativo y de determinación del estatuto jurídico de las personas migrantes, si bien es cierto que en muchas ocasiones los límites son difusos. La ampliación de la noción de refugiado a partir de la definición de la Convención de Ginebra ha sido posible a través de la interpretación evolutiva de los conceptos jurídicamente indeterminados en los que se basa esta definición, a la luz de la interpretación progresiva y dinámica de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional. De este modo, en la actualidad, son consideradas refugiadas personas que en los años cincuenta del siglo XX no hubieran sido consideradas como tales, y la definición de refugiado se aplica a nuevas situaciones de riesgo para la vida, la libertad o la seguridad de las personas³.

Tanto los refugiados como los desplazados internos son migrantes forzados, es decir personas que han huido de sus lugares de origen o residencia habitual. La distinción entre unos y otros radica en que los primeros han atravesado una frontera internacional y, por tanto, han salido de su país de origen; y, en cambio, los segundos permanecen bajo la jurisdicción territorial del Estado del que son nacionales o dónde tienen su residencia habitual. Esta diferencia tiene una gran trascendencia en el estatuto jurídico de unos y otros: Los refugiados gozan de un estatuto reconocido en un Convenio Internacional y respecto de los desplazados internos sólo existen en Derecho Internacional normas de *soft law* y estándares de comportamiento para los Estados, basados en la protección de los Derechos Humanos⁴. Aunque esta distinción plantea algunos problemas, especialmente, en el entorno del Derecho Internacional Humanitario, se entiende que la protección de los desplazados internos sólo puede ser “complementaria” de la que dispensen los Estados, mientras que la protección de los “refugiados” es una protección que substituye a la del Estado de la nacionalidad (Casanovas, 2005: 66-68). Los refugiados, a diferencia de los desplazados internos se encuentran “en una relación directa con la comunidad internacional” en un precario espacio “entre soberanías” (Young, 1982: 339). Para algunos autores, son incluso sujetos de Derecho internacional (Krenz, 1966: 90-116).

El refugio y el asilo son dos institutos de protección internacional aplicables a personas que han huido de sus países de origen. Como gráficamente expresó Denis Alland (1997:15) a finales de los años noventa del siglo XX, “el asilo es un espacio, el refugiado, una persona”. El estatuto de refugiado se deriva de un instrumento internacional convencional en el que son partes en la actualidad ciento cuarenta y cinco Estados de la comunidad internacional en el que se define quién es refugiado. El reconocimiento de una persona como refugiada es declarativo (Mariño Menéndez, 1983: 368; ACNUR, 1979: §28). La concesión de asilo es, en cambio, constitutiva y consiste, en esencia, en la protección territorial que un Estado concede en su país. En algunos países, especialmente en América Central y del

² La migración forzosa es aquella en la que “an element of coercion predominates”; o en la que “compelling factors are decisive” (Meyer, 2008: 30).

³ Con ocasión del cincuenta aniversario de la Convención de Ginebra se celebraron unas Consultas Globales bajo los auspicios de ACNUR sobre protección internacional donde se examinaron estas nuevas situaciones y las nuevas interpretaciones posibles de la Convención. Los trabajos resultantes se publicaron en Feller, Türk y Nicholson (2003).

⁴ Como los *Guiding Principles on Internal Displacement*, redactados por el representante del Secretario General sobre personas desplazadas internamente, Mr. Francis M. DENG, y presentados a la Comisión de Derechos Humanos en 1998.

Sur, también se ha desarrollado el concepto de “asilo diplomático” que es la protección que un Estado concede a personas en sus sedes diplomáticas, fuera del país, si bien no se ha llegado a reconocer su existencia normativa como costumbre regional en el Derecho Internacional⁵. La concesión de asilo es constitutiva y se rige por las normas internas de cada Estado, que pueden contemplar un mayor o menos grado de discrecionalidad de las autoridades a la hora de otorgar la protección. La concesión de asilo comportará la concesión de una autorización para residir (y, en general, también trabajar) en el país de asilo.

El reconocimiento de la condición de refugiado no implica la concesión de asilo territorial, es decir, de un permiso de residencia que permite el refugiado quedarse en el país que le ha reconocido como tal, excepto cuando ello se establece en virtud de la normativa interna. En los Estados miembros de la Unión Europea (UE), por ejemplo, ello es así puesto que una Directiva del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) así lo establece⁶. Otros tipos de protección internacional, como la llamada “protección subsidiaria” en la UE son también formas de asilo en la medida que comportan protección territorial, aunque formalmente no se utilice esta expresión. Aunque la concesión de asilo sea una potestad estatal, las personas tienen reconocido el “derecho de buscar asilo” en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷. El asilo ha sido reconocido como derecho subjetivo individual en algunas constituciones estatales y, también se ha defendido su configuración como principio general del Derecho Internacional (Gil-Bazo, 2015: 23-27).

Se entiende que son demandantes de asilo todas las personas que se encuentran fuera del país de su nacionalidad (o residencia habitual en el caso de los apátridas) y están en situación de necesidad de protección, aunque después del examen de su caso en el procedimiento establecido no todas resulten ser refugiadas o no todas obtengan asilo⁸.

El estatuto de refugiado es el estatuto jurídico internacional previsto en la Convención de Ginebra de 1951. Este estatuto contiene diferentes estándares de trato en función de los distintos derechos y ámbitos cubiertos, desde el estándar mínimo de trato otorgado a los extranjeros en general, hasta el trato nacional (por ejemplo, en el respeto a la religión, o los derechos procesales, o las cargas fiscales),

⁵ Como estableció la Corte Internacional de Justicia (CIJ) otorgar asilo para un estado no es otra cosa que “el ejercicio normal de la soberanía territorial”, sentencia de 20 de noviembre de 1950, en el asunto del *derecho de asilo (Colombia/Perú)*, CIJ Rec. 1950, p. 274 (264-389). En este caso, también conocido como Haya de la Torre, la CIJ no estableció que se tratara de un caso de asilo diplomático derivado de una costumbre regional, si bien tampoco descartó que esta costumbre existiera.

⁶ En la Unión Europea se establecen dos formas de protección internacional, el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria. Uno de los contenidos de la protección internacional en ambos casos es la obtención de un permiso de residencia (de un mínimo de tres años en el caso del estatuto de refugiado; y de un mínimo de un año en el caso de la protección subsidiaria): Artículo 24 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DOUE 20.12.2011, L 337/9-26. En España el permiso de residencia que se concede en los dos casos es de cinco años (Artículo 36.1c)), si bien sólo los refugiados tienen “derecho de asilo” de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, pp. 90860-90884. Para un análisis del régimen de asilo español, *vide*, por ejemplo, Trujillo Pérez y Ortega Terol (2010) y Vidal Fueyo (2010).

⁷ *Vide, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948 (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 1997a: pp. 165-170).

⁸ “Inicialmente, todo refugiado es una persona que busca asilo” (ACNUR, ExCOM, 1999: §16).

pasado por el trato de la “nación más favorecida” (por ejemplo, en el acceso a un empleo remunerado)⁹. Algunas previsiones son específicamente aplicables a los refugiados en cuanto tales, como las relativas a la facilitación de documentos de identidad y de viaje, y, especialmente, la regla de no-devolución (*non-refoulement*), prevista en el artículo 33¹⁰. Si bien el estatuto de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra no comporta automáticamente la concesión de asilo por parte de un Estado en el régimen universal, como se ha mencionado antes, ello no quiere decir que la persona refugiada pueda ser expulsada libremente del territorio del Estado en el que se encuentra: El refugiado goza del derecho inherente al principio de *non-refoulement*, es decir, sólo podría ser retornado a un *país seguro* (en el que su “vida o su libertad no esté amenazada”)¹¹.

Esta regla habría alcanzado según muchos autores la naturaleza de costumbre (Sohn y Buergenthal, 1992: 123; Henkaerts, 1994: 315) o principio de Derecho Internacional general (Jahn, 1985: 456; Julien-Laferrière, 1990: 56-57; Plender, 1989: 96); y resulta ser el mecanismo que permite conectar el régimen internacional del asilo y el refugio con el régimen de la protección de los Derechos Humanos. El principio de no devolución es una norma de *ius cogens* o norma imperativa (Gros Espiell, 1984: 710) cuya aplicación implica el beneficio de derecho al asilo provisional *de facto* desde el momento en el que un refugiado se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado seguro extranjero ante las autoridades del cual pide protección, y hasta el momento en que se determine su estatuto de protección o se deniegue el asilo. A la consideración del principio de *non-refoulement* como norma imperativa ha contribuido el hecho de que este principio también sea aplicable a personas que en sus países de origen temen ser sometidas a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, que constituyen prohibiciones absolutas según la jurisprudencia de los órganos de garantía de algunos de los convenios de Derechos humanos que establecen estas prohibiciones: Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7); el Convenio de las Naciones Unidas contra la Tortura (artículo 3); y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 3).

2. La noción de “refugiado” en el Derecho Internacional.

⁹ El estatuto de derechos de los refugiados se examina con detalle, por ejemplo, en Hathaway (2005).

¹⁰ El artículo 33 Convención de Ginebra reza: “1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas./ 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

¹¹ En la Unión Europea se ha adoptado una definición de *tercer país seguro* en la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DOUE 29.6.2013 N° L 180/80 (artículo 38), que establece que los estados “solo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional recibirá en el tercer país un trato conforme a los siguientes principios: a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política;/ b) no hay riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva 2011/95/UE;/ c) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra;/ d) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional;/ e) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra”. De entre los estados europeos solo podrán ser considerados seguros aquéllos que hayan ratificado la Convención de Ginebra, el Convenio Europeo de protección de los derechos humanos, cumplan con las disposiciones de ambos; y tengan “un procedimiento de asilo prescrito por la ley” (artículo 39).

En Derecho Internacional, la noción de “refugiado” más extendida y aceptada es la contenida en la definición de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, que entró en vigor el 22 de abril de 1954. Ello no obstante, en algunos sistemas regionales esta noción ha ido variando a partir de definiciones complementarias que han ido ampliando su ámbito de aplicación personal. En el entorno europeo, la protección de los refugiados se ha llegado a con-fundir con la protección territorial o “asilo” que se deriva de los límites a la expulsión de los extranjeros configurados a partir de la interpretación de algunos derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de Roma de 1950.

2.1. El surgimiento de la noción de “refugiado” en Derecho Internacional.

La idea de la protección internacional de los refugiados como forma de protección distinta, si bien complementaria del asilo proporcionado por los Estados, surge en el período de entre guerras y se concreta en convenios internacionales auspiciados por la Sociedad de las Naciones para gestionar problemas derivados de flujos de refugiados surgidos en los años veinte y treinta¹². La aproximación a la cuestión de los refugiados en esa época fue una aproximación empírica, es decir que va intentando resolver los problemas cuando se plantean (Allard, 1997: 15). En primer lugar, los convenios de este período se refieren a la protección de personas que pertenecen a grupos determinados o a ciertas categorías, es decir, se identifican grupos de refugiados por su origen nacional, étnico, geográfico o por las fechas en las que han huido. En todos los casos, los convenios procuraban alguna forma de protección a personas que se encontraban fuera de su país de origen; privadas de su protección; y que no habían adquirido una nueva nacionalidad (15). Una de las primeras formas de protección fue la facilitación de documentos de viaje, después denominados “pasaportes Nansen”, por el apellido del primer Alto Comisionado para los refugiados (1921-1930). Esta aproximación casuística comporta la firma de unos primeros “arreglos” (*arrangements*, en francés) en relación con la afluencia de refugiados rusos que huían de la revolución y que se fueron ampliando primero a los asirios y a los asirio-caldeos. Después se firmó una Convención en 1936 para atender a los alemanes que fue aplicada por parte de algunos Estados a otros casos, como a los españoles que huían de la Guerra Civil. Finalmente, también en esta época se crearon algunas instituciones para atender a los refugiados, como el Alto Comisionado para los refugiados, o la Organización Internacional de los refugiados (OIR) (Allard, 1997: 15 y Baclet-Hainque, 1985: 28-58].

2.2. La definición de refugiado en el Derecho Internacional universal actual.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados contiene la definición del término “refugiado” en su primer artículo, organizado en cinco párrafos (de A a F) (*vide* el texto completo del artículo en el Anexo). El párrafo A contiene las cláusulas de inclusión (o ámbito de aplicación personal); el B, el ámbito de aplicación temporal y espacial¹³; el C, las cláusulas de cese del estatuto; y los párrafos restantes (D-F) contienen las cláusulas de exclusión. El párrafo A está dividido en dos apartados: El primero establece que las personas que ya habían sido reconocidas como “refugiadas” de conformidad con otros instrumentos de Derecho Internacional serán también consideradas como tales de acuerdo con la

¹² El “asilo” como lugar de asilo inviolable tiene orígenes antiguos. La institución del asilo se encuentra ya en la Grecia Antigua y en Roma y como instituciones religiosas en el judaísmo y el cristianismo. De todos modos, debe decirse que la palabra griega originaria del asilo, es decir *ασυλος* significa “aquel que no puede ser aprehendido”, es decir que se refiere a una persona, como en el caso de la expresión refugiado, más que al lugar inviolable en que derivará después la palabra asilo (Vieira, 1961: 17-18).

¹³ En la redacción original del artículo, los estados partes limitaban la aplicación de la Convención a los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 bien “en Europa” bien “en Europa o en otro lugar”. El Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 significó la eliminación de estas limitaciones temporales y geográficas por parte de los estados signatarios. *Vid. npp 1.*

Convención de Ginebra. Se trata de los llamados “refugiados estatutarios”. El segundo contiene el núcleo de la definición de refugiado. De acuerdo con este párrafo, el término “refugiado” se aplicará “a toda persona (...) que) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose (...) fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. Los dos ejes de la definición de refugiado son la “persecución” por una de las razones enunciadas; y la ausencia de “protección” del Estado de origen cuyo territorio se ha llegado a abandonar. El párrafo C contiene las cláusulas de cese del estatuto que, en esencia, se refieren a situaciones en las que la persona ya está siendo protegida por un Estado o, en que, al haber cambiado las circunstancias que motivaron el reconocimiento del estatuto, ya no puede seguir negándose a recibir la protección de su Estado de origen. Los párrafos D-F contienen las cláusulas de exclusión, que contemplan bien situaciones de falta de necesidad de protección; bien situaciones de no merecimiento de la protección, a causa de que la persona haya cometido crímenes internacionales, etc.

La definición de “refugiado” está trufada de términos jurídicamente indeterminados cuya interpretación corresponde en última instancia a las autoridades jurisdiccionales de los Estados partes que aplican el Convenio¹⁴. Para facilitar esta tarea y fomentar una interpretación de la definición de refugiado similar en todos los Estados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) publicó en 1979 un “Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”¹⁵. El ACNUR es una agencia de las Naciones Unidas que inició su mandato el 1 de enero de 1951 para proteger a los refugiados tras la Segunda Guerra Mundial. Ello no obstante, ha ido ampliando progresivamente su mandato para la protección de otras personas que forman parte de migraciones forzadas (personas desplazadas internamente; demandantes de asilo; personas reasentadas; retornados; apátridas), y su mandato pasó a ser indefinido a partir de 2003. En la Unión Europea, la necesidad de una interpretación armonizada, lo más similar posible por parte de los Estados miembros que posibilitara la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de sus sistema de asilo y reforzara la consideración de todos los estados como seguros, llevó a la adopción en el marco del SECA de una Directiva donde se definieron estos términos con mayor precisión¹⁶.

La Convención de Ginebra de 1951 estableció una definición general y universal del término refugiado, aplicable a personas individualmente consideradas (Weis, 1995: xiii-xix). Éste continúa siendo el concepto de refugiado aplicable a nivel

¹⁴ Para un estudio sobre las distintas aproximaciones a la definición de refugiado por parte de las autoridades decisorias de estados partes en el Convenio de Ginebra *vide* Carlier (1998).

¹⁵ HCR/1P/4/FRE/REV.1. La primera vez que se publicó en español fue en 1988. La versión actual es de 1992.

¹⁶ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), *DOUE* 20.12.2011, L 337/9-26. Esta Directiva substituyó en la segunda fase del SECA a la primera norma adoptada para esta finalidad: Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *DOUE*, 30.9.2004, L 304/12-23.

universal, si bien la multiplicación de los fenómenos de flujos masivos de refugiados y las particularidades de algunos de los flujos más recientes han hecho que en algunos entornos normativos se haya optado por ampliar esta definición. La Convención de Ginebra comporta el establecimiento de un estatuto internacional para los refugiados pero, como apunta Denis Allard (1997: 37), esta internacionalización es “parcial”, puesto que son los Estados quienes deben aplicar la Convención y reconocer a los refugiados como tales de acuerdo con sus sistemas internos. Esta opción fue debida a la voluntad de algunos Estados de recuperar esta potestad ante la actividad ejercida a su parecer de forma algo laxa de los representantes de la OIR en los Estados que tuvieron la responsabilidad de calificar a los refugiados como tales durante el tiempo en que esta organización estuvo en funcionamiento (37).

2.3. Otras expresiones que contienen la expresión “refugiado”.

El ACNUR puede determinar que una persona se encuentra en una situación que la cualifica como refugiado, de acuerdo con la definición incluida en su estatuto (muy similar a la de la Convención de Ginebra), si bien la protección que el ACNUR podrá ofrecer será distinta del asilo que sólo pueden dispensar entidades territoriales como los Estados. A los refugiados de acuerdo con el estatuto del ACNUR se les suele denominar refugiados según el mandato de ACNUR o *mandate refugees* (Meyer, 2008: 18). También se han ido acuñando otras expresiones, en la práctica, que contienen la expresión refugiado: “refugiados *prima facie*”; “refugiados sobre el terreno”; “refugiados medioambientales”, “refugiados *de facto*” o incluso “refugiados económicos”.

Las dos primeras son fruto de la práctica institucional internacional y de los Estados y se refieren a situaciones cubiertas por el régimen internacional del refugio y el asilo. Los “refugiados *prima facie*” son aquellas personas que forman parte de flujos masivos o a gran escala de personas que huyen de sus países de origen en situaciones o por causas que hacen suponer que todas ellas o la mayoría serán consideradas como refugiadas. La imposibilidad material de tramitar sus solicitudes de protección internacional en una situación de flujo masivo, unida a la premura de atender sus necesidades humanitarias básicas y al principio de *non-refoulement*, han llevado a que se haya ido configurando en Derecho internacional la institución de la “protección temporal”. Esta institución se basa en la imposibilidad de aplicar la Convención de Ginebra en caso de flujos masivos y en que “las necesidades de protección de los que llegan son evidentes en la mayoría de los casos” (Kälin, 2001: 234-235). Es esencial en la configuración de la “protección temporal” en Derecho internacional la interpretación del *non-refoulement* como principio que también debe aplicarse en caso de flujos masivos. Ante la posibilidad de que se alcancen los límites de una primera acogida en condiciones de dignidad, algunos Estados defienden o han optado en ocasiones por cerrar sus fronteras ante este tipo de flujos de personas. Aunque resulta difícil establecer dónde radica el equilibrio entre la protección de los derechos humanos de los refugiados y el poder de autoconservación del Estado, instancias internacionales como la extinta Comisión de Derechos Humanos y el ACNUR han defendido la aplicabilidad del principio de *non-refoulement* en caso de flujos masivos y la institución de la protección temporal como una forma de conciliar el derecho de los refugiados a huir de sus países de origen y el derecho de los Estados de ejercer un control sobre la entrada en su territorio por parte de extranjeros. La Comisión de Derechos Humanos consideró en los años noventa que el *non-refoulement* es aplicable a las personas que forman parte de flujos masivos (Comisión de Derechos Humanos, 1998: §5 y 7; y 1996: §54-55) y que este principio no es derogable en ningún caso (Comisión de Derechos Humanos, 1997: §17). El ACNUR, por su parte, afirmó en la Conclusión N° 22 (XXXII) del Comité Ejecutivo que el *non-refoulement* era un principio fundamental

que tenía que ser respetado escrupulosamente, incluso en frontera: “1. En situaciones de afluencia en gran escala, debe admitirse a las personas en busca de asilo en el Estado donde buscaron refugio en primer lugar, y si ese Estado no puede admitirlos durante un tiempo prolongado, al menos debe admitirlos temporalmente, en todos los casos, y prestarles protección de conformidad con los principios establecidos más abajo. Debe admitírselas sin discriminación alguna por motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad, país de origen o incapacidad física. /2. En todos los casos debe observarse escrupulosamente el principio fundamental de no devolución, incluido el no rechazo en la frontera” (ACNUR, ExCOM, 1981: §II.A.1-2; ACNUR, ExCOM, 1994: §r); ACNUR, 2001: §6)¹⁷. En la Unión Europea, la protección temporal se regula en una Directiva que prevé la aplicación coordinada de esa medida a través de la intervención de las instituciones comunitarias y la adopción de medidas de solidaridad financiera y de reubicación de personas protegidas entre los Estados miembros¹⁸. La protección temporal, por tanto, es considerada como la institución que hace posible la aplicación del principio de *non-refoulement* como garantía básica ante el riesgo de sufrir persecución o violación grave de derechos humanos inderogables (Goodwin-Gill, 1982: 306). Además, constituye el vínculo entre el carácter absoluto del *non-refoulement* (como en los casos en que la persecución temida coincide con un riesgo grave de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes) y el carácter discrecional del asilo (International Law Association, 1996: 132).

Los llamados “refugiados sobre el terreno” (o *refugiés sur place*) son aquellos refugiados que no lo eran al salir de sus países de origen, sino que lo son a causa de acontecimientos ocurridos después, bien a causa de cambios ocurridos en el país de origen (como un golpe de Estado o un cambio político importante), bien a causa de actividades que la persona ha realizado mientras ya se encontraba en el país de acogida (como actividades de contenido político que son expresión de posiciones ya mantenidas en el lugar de origen, o relaciones con disidentes políticos o refugiados, etc.) (ACNUR, 1979: §94-96)¹⁹.

Las expresiones “refugiados medioambientales” y “refugiados económicos”, hacen referencia a la idea de que situaciones medioambientales o situaciones económicas desfavorables en el país de origen pueden alcanzar una gravedad que operen como factores que fuerzan la huida (*compelling factors*) del mismo modo a como lo hacen causas de temor de persecución de carácter político o religioso. Las dos expresiones son usadas a menudo en medios periodísticos, pero no tienen una base jurídica concreta que se pueda traducir en un estatuto de protección. En estos casos, la calificación como refugiado de personas que huyen por estas razones sólo podría derivarse, por ejemplo, de una limitación discriminatoria de acceso a los bienes de subsistencia o a los recursos naturales que pudiese ser considerada como persecutoria (Meyer, 2008: 18)²⁰. Los “refugiados *de facto*” son personas que

¹⁷ *Vide* al respecto de la protección y asistencia en caso de flujos masivos, Peral Fernández (2001).

¹⁸ Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DOCE de 7-8-2001, L 212/12-23. Aunque se ha planteado en diversas ocasiones de flujos a gran escala de refugiados hacia Italia o Grecia, esta directiva no ha sido activada en ninguna ocasión. Sobre este mecanismo en la UE, *vide* Arenas Hidalgo (2005).

¹⁹ También Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DOUE 20.12.2011, L 337/9-26, artículo 5.

²⁰ La expresión “refugiados medioambientales” fue usada en un informe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), por El-Hinnawi (1985). Sobre esta cuestión *vide* Solà Pardell (2012).

bien son refugiadas de acuerdo con la Convención de Ginebra pero no se les ha reconocido ni concedido protección; o bien, no reúnen los requisitos de esta definición, pero igualmente se han visto obligadas a huir debido a situaciones de violencia generalizada o violaciones masivas de derechos humanos (Gortázar, 1997: 148-151).

2.4. Refugiados y necesidad de protección.

La definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951 pone el acento en la situación personal, es decir, supone la aplicación de una perspectiva *individualizadora* de las situaciones en las que ciertas personas huyen ante el riesgo de sufrir persecuciones. Ello es coherente con la aproximación también individual a la protección de los derechos humanos posterior a la Segunda Guerra Mundial que se refleja en la Declaración Universal de Derechos Humanos. La multiplicación de flujos migratorios causados por circunstancias no particularizadas ha comportado que muchos Estados tiendan a rechazar peticiones de protección frente a fenómenos de amplio alcance, incluso cuando suponen la desestructuración del Estado y de las sociedades de origen. Se trate o no de situaciones que puedan ser consideradas persecutorias, los Estados han tendido a aplicar perspectivas de protección de la seguridad sin llegar a hacer un análisis específico de las circunstancias de la persona solicitante: En ocasiones los Estados han tendido a reducir el alcance de la definición de refugiado al confundir la necesidad de determinar el riesgo de la persona en base a sus circunstancias personales, con la idea de que el estatuto de refugiado debería estar basado en un conjunto de hechos “completamente personalizados” (Hathaway, 1996: 62). Este tipo de interpretaciones no tienen en cuenta la interrelación y necesaria retroalimentación entre el régimen internacional del refugio y el asilo y el régimen internacional de los Derechos Humanos, y han supuesto una reducción del contexto interpretativo tanto del principio de *non-refoulement*, como de la definición de refugiado (Chimni, 1998: 352-355). Una interpretación actualizada de la noción de refugiado debería tener como eje la idea de la “necesidad de protección”, más que la idea de cuándo se está ante una situación de persecución que, necesariamente, de un modo u otro lleva a la consideración del Estado u otro actor similar como responsable. La “necesidad de protección” está relacionada con la idea de los “derechos básicos”: En este sentido, se ha defendido que el estatuto de refugiado “debería otorgarse sólo a las personas cuyos gobiernos fracasan en la protección de sus necesidades básicas, y que se encuentran en una situación tal que la asistencia internacional es posible” (Shacknove, 1985: 284). Esta expresión introduce, además, una perspectiva subjetiva que permite tener en cuenta la especial vulnerabilidad de algunos colectivos de personas: mujeres que se encuentran en determinadas circunstancias, niños, ancianos, familias, etc.

2.5. El concepto de refugiado en los sistemas regionales.

En algunos sistemas regionales se han adoptado instrumentos jurídicos que han modificado la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, esencialmente, para ampliar su ámbito de aplicación respecto de situaciones de migraciones causadas por fenómenos de amplio alcance²¹. La adopción de la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, y su ampliación en países de África y América se ha añadido a una tradición en materia de asilo que tiene su reflejo en muchos textos constitucionales de estos países que contemplan esta institución (Gil-Bazo, 2015: 23-27).

a. En África.

²¹ Para una revisión de los fenómenos de migraciones forzadas en las distintas regiones, *vide* Fiddian-Qasmiyah *et al.* (2014: 541-702).

En el artículo 1 de la Convención de la OUA (Organización para la Unidad Africana) por la que se regula los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, después de incluir la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, se establece en el párrafo 2 que “[e]l término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”²².

b. En América.

En América, se redefinió la noción de refugiado en la Declaración de Cartagena de 1984 que se adoptó como texto jurídico no obligatorio pero que ha sido incorporado con naturaleza vinculante en el ordenamiento interno de un buen número de estados de América central, del Sur y del Caribe²³. El contenido de esta declaración se reafirmó en la Declaración de San José en 1994²⁴. En otras conferencias y declaraciones internacionales también se han tratado los problemas derivados de los flujos de refugiados y desplazados en América, como en la “Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina” de 16 de noviembre del 2004²⁵; en la Declaración de Brasilia sobre la “Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano” de 11 de noviembre del 2010²⁶; y en la Declaración y Plan de acción de Brasil “Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”, hecha en Brasilia el 3 de diciembre del 2014²⁷.

La Declaración de Cartagena contiene una recomendación a los Estados para que adopten la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York y para

²² Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969; entrada en vigor, el 20 de junio de 1974, conforme con lo dispuesto en el artículo 2) (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 1997b: p. 6). [Versión en castellano tomada de la base de datos *Refworld* de ACNUR, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?relid=y&docid=50ac934b2> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016)].

²³ Los Estados que han incorporado la definición ampliada en su legislación interna, de acuerdo con el ACNUR, son: Argentina; Belice; Bolivia; Brasil; Colombia; Chile; Ecuador; El Salvador; Guatemala; Honduras; México; Nicaragua; Paraguay; Perú; Uruguay. Información disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2541> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016).

²⁴ “Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas”; adoptada por el “Coloquio Internacional: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados”, celebrado en San José, Costa Rica, del 5 al 7 de diciembre de 1994. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0012> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016).

²⁵ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3016> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016).

²⁶ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8133> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016).

²⁷ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016).

que incorporen una ampliación de la definición de refugiado contenida en estos instrumentos de acuerdo con la conclusión tercera que reza como sigue²⁸:

Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público²⁹.

En el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha tenido ocasión de referirse y aplicar en un caso resuelto en 2013 cuestiones relativas a las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos para determinar la condición de refugiado y al principio de no devolución³⁰.

c. En Asia.

En Asia, ni la Convención de Ginebra ni los escasos desarrollos regionales han tenido la misma presencia e intensidad que en otros contextos regionales. Por una parte, sólo algunos Estados son partes en la Convención de Ginebra de 1951 (Camboya, China; Japón; Filipinas y Corea del Sur)³¹. Por otra, si bien ha habido un desarrollo normativo regional de *soft law*, éste no ha tenido una gran repercusión en los sistemas internos. En este sentido, el 24 de junio de 2001 se adoptó en la 40^a sesión de la Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO) en Nueva Delhi un “Final Text of the AALCO’s 1966 Bangkok Principles on Status and Treatment of Refugees” en donde después de incluir en la definición de refugiado la noción de la Convención de Ginebra, se establece en un segundo párrafo que “2. El término ‘refugiado’ deberá también aplicarse a toda persona que, debido a una agresión externa, ocupación, dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en alguna parte o en el conjunto de su país de origen o nacionalidad, está obligada a salir del lugar en que tenía su residencia habitual para buscar refugio en otra parte fuera de su país de origen o nacionalidad”³².

d. En Europa.

²⁸ Para un análisis de la dualidad asilo-refugio en América Latina, así como de la práctica en América Latina sobre la protección, *vide* San Juan (2003: 17-71).

²⁹ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016).

³¹ En el caso de Japón, Amnistía Internacional (1993: 205-239) denunció en los años novena la “inadecuada” protección de refugiados y demandantes de asilo. Esta crítica fue contestada por el gobierno de Japón, explicando, entre otras cosas, la experiencia con los *boat-people* indochinos, tal como se explica en Yamagami (1995: 60-83).

³² Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.aalco.int/Final%20text%20of%20Bangkok%20Principles.pdf> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2016).

En el entorno europeo se han desarrollado dos ámbitos normativos que configuran una protección específica de los refugiados: En el Consejo de Europa, la actividad jurisprudencial de los órganos de garantía del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), especialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha supuesto la construcción de una “red de seguridad” que protege a las personas extranjeras y, especialmente a los refugiados y demandantes de asilo frente a medidas de retorno o expulsión que resulten contrarias a la protección de los derechos humanos (Einarsen, 1990: 385). En la Unión Europea, la atribución de competencias para el desarrollo de una política común de asilo (con el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en 1999), con vistas a la realización de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, supuso el desarrollo de lo que se ha venido en llamar un Sistema Europeo Común de Asilo que ya se encuentra en su segunda fase (con normas adoptadas entre 2011 y 2013)³³. En el Derecho de la UE el asilo también está contemplado en el artículo 18 de la Carta de derechos fundamentales de la UE³⁴.

En el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo ha ido tomando progresivamente en consideración la calidad como refugiados o como demandantes de asilo de las víctimas de violaciones de derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo, en particular, al valorar su vulnerabilidad especial (Morgades Gil, 2010: 801-842). Así, si bien ni el Convenio Europeo ni ninguno de sus protocolos adicionales se refiera al asilo o a los refugiados, la interpretación de los derechos contemplados en el Convenio ha permitido la configuración de una protección de la que específicamente se benefician los demandantes de asilo y los refugiados (Bossuyt, 2010; Mole, 2008): En este sentido, han sido especialmente relevantes las interpretaciones de los artículos que protegen el derecho a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH)³⁵; el derecho a la libertad deambulatoria (artículo 5 CEDH)³⁶; y el derecho a beneficiar de un recurso efectivo (artículo 13 CEDH)³⁷.

En la Unión Europea, el SECA está configurado por normas que establecen una coordinación de los sistemas de asilo de los Estados miembros, según la que, en principio, cada demanda de asilo será examinada por uno de ellos (el llamado sistema de *Dublín*)³⁸; y por normas que establecen una armonización de los aspectos materiales relativos a la acogida de los demandantes de asilo³⁹, a los procedimientos aplicables a las demandas de protección⁴⁰, a la protección

³³ Sobre la política europea común de asilo, *vide* Peers (2011).

³⁴ “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, *DOUE* 26.10.2012, N°C 326/399.

³⁵ Por ejemplo, sentencias del TEDH *Chahal v. UK* (15.11.1996, nº 22414/93); *Hilal v. UK* (6.3.2001, nº 45276/99); *Mubilanzila Mayeka c. Belgica (Tabitha)* [12.10.2006, nº 13178]; *Salah Sheek v. The Netherlands* (11.1.2007, nº 1948/04); *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (21.1.2011, nº 30696/09); *Tarakhel c. Suiza* (4.11.2014, nº 29217/12).

³⁶ Por ejemplo, sentencia *Amuur v. France* (25.6.1996, nº 19776/92).

³⁷ Por ejemplo, sentencias *Gebremedhin c. France* (26.4.2007, nº 25389/05); *Jabari v. Turkey* (11.7.2000, nº 40035/98).

³⁸ Reglamento (UE) Nº 604/2013 del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), *DOUE* 29.6.2013, L 180/31-59.

³⁹ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, *DOUE* 29.6.2013, L 180/96-116.

⁴⁰ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DOUE* 29.6.2013, L 180/60-95.

temporal⁴¹, y a la interpretación de la definición de refugiado y el establecimiento de una “protección subsidiaria”⁴². El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha realizado una labor de interpretación relevante de estas normas. A diferencia de en otros sistemas regionales, en la UE no se ha adoptado ninguna norma vinculante o de *soft law* que amplíe la noción de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951. Ello no obstante, sí que se ha adoptado una nueva institución para atender a situaciones de necesidad de protección internacional que no quedaban cubiertas por la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, que se denomina “protección subsidiaria”. Una persona con derecho a protección subsidiaria es “un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15”⁴³. Los daños graves a los que se refiere la definición precedente son: “a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o /b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o /c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”⁴⁴.

La política de asilo europea y las normas del SECA fueron concebidas como elementos que debían permitir el funcionamiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como un espacio de libre circulación de personas entre los Estados participantes, al que se denomina espacio Schengen (por el nombre de los primeros convenios que permitieron su creación y que permite diferenciarlo de la UE). Por este motivo, el incremento en 2015 de la afluencia de migrantes forzados provenientes de Siria en la UE ha supuesto una importante tensión en el espacio Schengen de libre circulación con el cierre de fronteras en algunas ocasiones entre Estados, o el restablecimiento de controles en las fronteras interiores para evitar flujos secundarios de personas; a la vez que una parte de las reglas del SECA dejaban de ser efectivas, como el sistema de *Dublín*. Para hacer frente a la situación de crisis (de refugiados, de gestión, de solidaridad, etc.) en la UE se han adoptado medidas tanto de apoyo financiero a los Estados más afectados y respecto de las regiones de origen y tránsito, como de reparto de cargas como el compromiso de reubicación de una parte de los demandantes de asilo que se encuentran en el primer país de llegada a la UE. Ello no obstante, será necesario seguir insistiendo en la búsqueda de soluciones para la gestión de los flujos y las peticiones de asilo de los demandantes que ya se encuentran en la UE de acuerdo con los estándares europeos de protección de los Derechos Humanos, y también para afrontar y contribuir a eliminar las causas de los flujos de migraciones forzadas en los países de origen⁴⁵.

ANEXO:

Artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados (Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137; BOE de 21 de octubre de 1978, núm. 252, pp. 24310-24328).

Artículo 1. -- Definición del término "refugiado"

⁴¹ *Vide nota a pie nº 18.*

⁴² *Vide nota a pie de página nº 19.*

⁴³ Artículo 2 de la Directiva 2011/95/UE, citada en la nota nº 19.

⁴⁴ Artículo 15 de la Directiva 2011/95/UE, citada en la nota nº 19.

⁴⁵ *Vide al respecto Valle Gálvez (2016).*

A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

B. 1) A los fines de la presente Convención, las palabras "acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951", que figuran el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como:

- a) "Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa", o como
- b) "Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar";

y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención.

2) Todo Estado Contratante que haya adoptado la fórmula a podrá en cualquier momento extender sus obligaciones, mediante la adopción de la fórmula b por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

C. En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección A precedente:

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o
- 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o

- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
- 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.

- 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país donde tenían residencia habitual, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.

D. Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esas personas tendrán ipso facto derecho a los beneficios del régimen de esta Convención.

E. Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.

F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Bibliografía

- ACNUR (1979), *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/1P/4/FRE/REV.1 [versión actual en español de 1992].
- ACNUR (2001), *Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework, Global Consultations on International Protection* EC/GC/01/4 de 19 de febrero.
- ACNUR, ExCOM (1981), *Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala*, Conclusión N° 22 (XXXII).
- ACNUR, ExCOM (1994), *Conclusión General sobre la Protección Internacional*, Conclusión N° 74 (XLV), sección r).
- ACNUR, ExCOM (1999), *Nota sobre protección internacional*, 50º periodo de sesiones, A/AC.96/914, 7 de julio de 1999.
- ALLAND, Denis (1997), “Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général”, Société Française pour le Droit International, *Colloque de Caen. Droit d'asile et des réfugiés*, Paris, Éditions A. Pédone, pp.13-81.
- AMNESTY INTERNATIONAL (1993), “Japan: Inadequate Protection for Refugees and Asylum Seekers”, *IJRL*, vol. 5, nº 2, pp. 205-239.
- ARENAS HIDALGO, Nuria (2005), *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva.
- BACLET-HAINQUE, Rosy (1985), *Réfugiés et asile politique en France depuis la troisième république*, thèse-Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II).
- BOSSUYT, Marc (2010), *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruylant, Bruselas.
- CARLIER, Jean-Yves, et al. (1998), *Qu'est-ce qu'un réfugié? Étude de jurisprudence comparée*, Bruylant, Bruselas.
- CASANOVAS, Oriol (2005), “La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”, *R. des C.*, tomo 306 [2003], pp. 9-176.
- CHIMNI, Bhupinder S. (1998), “The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South”, *JRS*, vol. 11, nº 4, pp. 350-374.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1996), *Further promotion and encouragement of Human Rights and Fundamental Freedoms, including the question of the programme and methods of work of the Commission. Human Rights, Mass Exoduses and Displaced persons. Human Rights and Mass Exoduses*. Report of the Secretary-General, E/CN.4/1996/42, 8 de febrero .
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1997), *Human rights and mass exoduses*, resolución 1997/75, de 18 de abril, E/CN.4/RES/1997/75.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1998, 54 s.), *Human rights and mass exoduses*, resolución 1998/49, 17 de abril , E/CN.4/RES/1998/49.
- DENG, Francis M. (2004), *Guiding Principles on Internal Displacement*, OCHA, United Nations.
- EINARSEN, Terje (1990), “The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto Asylum*”, *IJRL*, vol. 2, nº. 3, pp. 361-389.
- EL-HINNAWI, E. (1985), *Environmental refugees*, UNEP, Nairobi.
- FELLER, Erika, TÜRK, Volker y NICHOLSON, Frances (eds.) (2003), *Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre protección internacional*, Icaria Editorial, Barcelona.
- FIDDIAN-QASMIYEH, Elena et al. (ed.) (2014), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford University Press, Oxford.

- GIL-BAZO, M^a Teresa (2015), "Asylum as a General Principle of International Law", *IJRL*, vol. 27, nº 1, pp. 3-28.
- GOODWIN-GILL, Guy S. (1982), "Entry and Exclusion of Refugees. The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees", *Transnational Legal Problems of Refugees. Michigan Yearbook of International Legal Studies*, pp. 291-337.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. (1997), *Derecho de Asilo y "No Rechazo" del Refugiado*, Universidad Pontificia Comillas-Dykinson, Madrid.
- GROS ESPIELL, Héctor (1984), "Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados". En: SWINARSKI , Christophe (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur/in honour of Jean Pictet*, Ginebra, La Haia: Comité International de la Croix-Rouge-Martinus Nijhoff Publishers, pp. 699-711.
- HATHAWAY, James C. (1996), "Refugee status arising from generalised oppression". En: ALFREDSON, Gudmundur, MACALISTER-SMITH, Peter (eds.), *The Living Law of Nations. Essays on refugees, minorities, indigenous peoples and the human rights of other vulnerable groups in memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl, N.P.Engel Publisher, pp.61-67.
- HATHAWAY, James C. (2005), *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HENKAERTS, Jean-Marie (1994), "The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens", *HRLJ*, vol. 15, nº 8-10, 1994, pp. 301-317.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (1996), Committee on Refugee Procedures, "Interim Report on Refugee Procedures. Introduction and background", *Report of the Sixty-seventh Conference*, Finland, Helsinki.
- JAHN, Eberhard (1985), "Refugees". En: *Encyclopedia of Public International law*, vol. 8, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, pp. 452-456.
- JULIEN-LAFERRIERE, François (1990), "Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée", *RUDH*, pp. 53-58.
- KÄLIN, Walter (2001), "Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism", *GYIL*, vol. 44, pp. 202-236.
- KRENZ, Franck E. (1966), "The refugee as a subject of international law", *ICLQ*, vol. 15, nº1, pp. 90-116.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (1983), "El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general", *REDI*, vol. XXXV, nº 2, p. 337-369.
- MEYER, Antoine (ed.) (2008), *People on the Move. Handbook of selected terms and concepts. Version 1.0*, The Hague Process on Refugees and Migration (THP Foundation), UNESCO Section on International Migration and Multicultural Policies, The Hague/ Paris.
- MOLE, Nuala (2008), *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Estrasburgo, Éditions du Conseil de l'Europe.
- MORGADES GIL, Sílvia (2010), "La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 37, pp. 801-842.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (1997), *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, Vol. I, Division de la protection internationale de l'Office du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, Ginebra.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (1997), *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les*

- réfugiés et les personnes déplacées, Vol. II*, Division de la protection internationale de l'Office du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, Ginebra.
- PEERS, Steve (2011), *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford.
- PERAL FERNÁNDEZ, Luis (2001), *Éxodos Masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Trotta, Madrid.
- PLENDER, Richard (1989), "The Present State of Research Carried Out by the English-speaking Section of the Centre for Studies and Research". En: Centre d'Étude et de Recherche de Droit international et de Relations internationales, *Le droit d'asile*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, pp. 63-96.
- SAN JUAN, César Walter (2003) "Informe general de la investigación". En: FRANCO, Leonardo (coord.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo 'asilo-refugio' a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, ACNUR, pp. 17-71.
- SHACKNOVE, Andrew E. (1985), "Who Is a Refugee?", *Ethics*, vol. 95, pp. 274-284.
- SOHN, Louis B., y BUERGENTHAL, Thomas (eds.) (1992), *The Movement of Person Across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, nº 23, The American Society of International Law, Washington, D.C..
- SOLÀ PARDELL, Oriol (2012), *Desplazados medioambientales. Una nueva realidad*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao.
- TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier y ORTEGA TEROL, Juan Miguel (coords.) (2010), *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, Sequitur, Madrid.
- VALLE GÁLVEZ, Alejandro del, "Unión Europea, Crisis de refugiados y *limes imperii*", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 38, 2016.
- VIDAL FUEYO, Mª del Camino (coord.) (2010), *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- VIEIRA, Manuel Adolfo (1961), *Derecho de asilo diplomático (Asilo Político)*, Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo.
- WEIS, Paul (ed.) (1995), *The Refugee Convention, 1951. The travaux préparatoires analised with a commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge International Documents Series, vol. 7, Cambridge University Press, Cambridge.
- YAMAGAMI, Susumu (1995), "Determination of Refugee Status in Japan", *IJRL*, vol. 7, nº 1, pp. 60-83.
- YOUNG, Stephen B. (1982), "Between Sovereigns: A Reexamination of the Refugee Status", En: LEVY, Deborah M. (ed.), *Transnational Legal Problems of Refugees, Michigan Yearbook of International Legal Studies*, New York, Clark Boardman Company, pp. 339-370.

Dilaciones indebidas

Undue delay

Sabela Oubiña Barbolla

Universidad Autónoma de Madrid

sabela.oubinna@uam.es

Recibido / received: 05/03/2015

Aceptado / accepted: 19/03/2016

Resumen

Este trabajo aborda brevemente el concepto de dilaciones indebidas, sus notas esenciales y su ámbito a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español. Además, ofrece una visión de conjunto de las vías y los problemas que presenta la reparación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; deteniéndose en particular, aunque sea someramente, en la incidencia de dilaciones indebidas en el proceso penal.

Palabras clave

Dilaciones indebidas, vulneración y reparación, plazo razonable, derecho a un proceso con todas las garantías, responsabilidad patrimonial del Estado, circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

Abstract

This work addresses the concept, main characteristics and scope of the right to a trial without undue delay or the right to a trial within a reasonable time taking into account the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court. It also presents an overview of the ways and problems, which presents the repair of the right to trial without undue delay; in particular, we briefly explain the incidence of undue delays in criminal proceedings

Keywords

Undue delay, violation and repair of undue delay, reasonable time, right to a trial with all guarantees, State liability, mitigating circumstances of criminal responsibility.

SUMARIO. 1. Aproximación al concepto de dilaciones indebidas. 1.1. Marco legal. 1.2. Ámbito y notas esenciales del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas 2. Pero.... ¿de qué hablamos cuando hablamos de dilaciones indebidas? 3. La controvertida efectiva reparación de las dilaciones indebidas: teoría y práctica. 3.1. La reparación in natura. 3.2. Otras vías de reparación: complementarias, sustitutivas o ajenas al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

1. Aproximación al concepto de *dilaciones indebidas*

El *tiempo* es un bien escaso y valioso en cualquier aspecto de la vida y, por supuesto también, en el mundo del derecho y dentro de éste muy especialmente en el plano procesal. Uno de los males que siempre se atribuyen a la Administración de Justicia es la lentitud. El tiempo en que la Justicia se dispensa es uno de los factores de que depende su eficacia en la práctica; por eso, muy ilustrativamente, se ha dicho que, el *tiempo* en el proceso es *algo más que oro: es Justicia* (Couture, 1945: 37; en el mismo sentido Capelletti, 1989: 243-244). Y así lo ha entendido desde siempre nuestro Tribunal Constitucional quien explicaba, en unas de sus primeras sentencias, que el derecho a la tutela judicial efectiva *no puede entenderse como algo desligado de tiempo, sino que ha de otorgarse por los órganos judiciales dentro de los razonables términos temporales en que las personas reclaman esa tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos*¹.

Técnicamente quizá no sea lo más apropiado comenzar esta breve aproximación a la cláusula de *dilaciones indebidas* acudiendo a la Real Academia de la Lengua Española, pero en el momento (también) de crisis del lenguaje en que vivimos, nos resistimos a no hacerlo. Allí encontramos que **Dilación** es un sustantivo femenino que proviene del latín *dilatio, -ōnis* con dos significados. El primero, *demora, tardanza o detención de algo por algún tiempo*. Y, el segundo en desuso, *dilatación, extensión, propagación*. En el caso del adjetivo **Indebido/a** también encontramos dos acepciones. Por un lado, dicho de algo que *no es obligatorio ni exigible*; o por otro lado, referido a algo que es *ilícito, injusto y falso de equidad*. Por tanto, aunando ambas definiciones puede decirse en lo que a nosotros aquí interesa que una dilación indebida es la demora, la tardanza o la detención de algo (el proceso) por algún tiempo de forma ilícita o injusta.

1.1. Marco legal

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas está previsto en distintos textos legales internacionales y nacionales. Este brevísimo repaso de la regulación legal de la cláusula *dilación indebida* ha de partir del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante CEDH) que proclama que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) dentro de un plazo razonable* (art. 6.1 CEDH).

Un derecho que también recoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante PIDCP) que prevé que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas (art. 14.5 PIDCP). Y, más recientemente en el ámbito de la Unión Europea, la Carta Derechos Fundamentales proclama en términos muy similares el *derecho de toda persona a que su causa sea oída en un plazo razonable* (art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la UE).

En el ámbito nacional, la Constitución española de 1978 (en adelante CE) prevé, entre otros derechos fundamentales, que todos tenemos derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Un derecho al que ya se habían referido ya textos anteriores; véase en este sentido: la Constitución de Cádiz de

¹ Entre las estimatorias de amparo por dilaciones indebidas que se han referido a esta cuestión, vid. entre otras las SSTC 24/1981, Sala 1^a, de 14 de julio, FJ 3; 18/1983, Sala 2^a, de 14 de marzo; 133/1988, Sala 1^a, 4 de julio; 124/1999; Sala 1^a, de 28 de junio; 125/1999, Sala 1^a, de 28 de junio; 198/1999, Sala 1^a, de 25 de octubre; 220/2004, Sala 2^a, de 29 de noviembre; 142/2010, Sala 2^a, de 21 de diciembre; 54/2014, Pleno, de 10 de abril; 89/2014, Sala 2^a; de 9 de junio; 99/2014, Sala 2^a, de 23 de junio.

1812, cuyo art. 286 establecía que las leyes arreglarán la Administración de Justicia en lo Criminal, de manera que *el proceso sea formado con brevedad*, y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados; o, las distintas referencias² que hacía Alonso Martínez, como Ministro de Gracia y Justicia, en su brillante presentación de la LECrim de 1882.

1.2. Ámbito y notas esenciales del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Objetivamente, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha venido de algún modo ligado, históricamente e incluso en la actualidad, más estrechamente al proceso penal por las consecuencias que estas dilaciones pueden tener sobre quien se ve sometido al proceso penal (el imputado –hoy encausado-, procesado o acusado). Sin embargo, no es una garantía exclusiva del proceso penal como puede ser el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio o el derecho a no declarar contra uno mismo o no confesarse culpable. *No padecer dilaciones indebidas* es un derecho fundamental de todo proceso, cualquiera que sea la Jurisdicción (vid. en sede comunitaria, Cobreros Mendazona, 2014: 921-941; o en constitucional, Oubiña Barbolla, 2012: 145-160)³, el orden jurisdiccional y la instancia en la que se encuentre el procedimiento. De hecho, el término *proceso* del art. 24.2 de la CE debe entenderse como sinónimo de procedimiento judicial, de modo que las dilaciones indebidas pueden ocurrir y, por tanto han de prevenirse en cualquier género de procedimiento, incluso en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

En lo que al ámbito subjetivo se refiere, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no sólo asiste a quienes ocupan la posición pasiva del proceso, sino también a la parte activa del procedimiento. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es *un derecho de todos* y, por tanto, no sólo del encausado, demandado, responsable civil, etc., sino también del acusador particular⁴ o del demandante.

El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas es un *derecho autónomo e independiente*, de carácter *prestacional y reaccional*. Comenzaremos por explicar estas últimas características, las de ser un derecho prestacional y reaccional, porque su autonomía ha sido algo más controvertida y ha llegado, no sin ciertos altibajos, después de una supuesta *instrumentalidad* respecto del derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas es un *derecho de carácter prestacional*⁵ que se tiene frente a los poderes públicos que son quienes tienen la obligación de evitar, dentro de sus respectivas responsabilidades, que las dilaciones indebidas se produzcan. Qué duda cabe que de los tres poderes públicos

² Cuando advertía algunos de los problemas de la Justicia, incluso con datos, vid. “sería temerario negar que aun bajo la legislación vigente (entonces) no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados; (...) sin que nadie indemnizara en este caso a los procesados de la vejaciones sufridas en tan dilatado período (...). Y señalaba como una de las prioridades la necesidad de “sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantías de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio (...).”

³ Sobre la inclusión de la duración del proceso constitucional en el juicio de la garantía del plazo razonable, vid. también STEDH, de 16 de septiembre, asunto *Sussman contra Alemania*.

⁴ En esa línea, una visión más novedosa de la repercusión de las dilaciones indebidas sobre las víctimas del proceso penal por terrorismo, véase la interesante reflexión de Giménez García (2013: 39).

⁵ Las recientes SSTC 176/2001, Sala 2^a, de 17 de septiembre; 73/2004, Sala 2^a, de 22 de abril; 153/2005, Sala 2^a, de 6 de junio, insisten en este punto adelantado en la STC 223/1988, Pleno, de 24 de noviembre.

(legislativo, ejecutivo y judicial) es el Poder Judicial y, en especial los órganos judiciales quienes deben velar por garantizar este derecho en el curso del proceso; pero, es un deber también del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Y es que poco pueden hacer los órganos judiciales si el Legislador, que es a quien corresponde la política legislativa, no aprueba normas procesales ágiles; o si el Ejecutivo no provee a la Administración de Justicia de los medios materiales y personales suficientes para que los órganos judiciales puedan juzgar y hacer ejecutar lo juzgado dentro de un plazo razonable⁶.

Además de esa vertiente prestacional, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas es un *derecho reaccional*⁷ (Gimeno Sendra, 1988: 142; también Pedraz Penalva, 2000: 299; 1996) en cuanto derecho subjetivo de las partes procesales a que se ponga fin a esas dilaciones tan pronto sea posible o, lo que es lo mismo, a la inmediata finalización de los procesos en que esas dilaciones indebidas se han producido.

Finalmente, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o el derecho de toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un tiempo razonable (art. 24.2 CE) goza hoy de *autonomía* respecto del derecho a un proceso a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sin embargo, como ya hemos adelantado, no siempre ha sido así. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas ha evolucionado desde su primaria concepción instrumental a su actual noción *autónoma* e *independiente*. En este sentido, en la jurisprudencia podemos diferenciar una primera etapa (1980-1982) en la que el Tribunal Constitucional entendía que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sólo era un apéndice, corolario o instrumento, del derecho a una efectiva tutela judicial⁸. Y una segunda etapa en la que muy paulatina e intermitentemente (y, por tanto, a veces con pasos atrás⁹) comienza a configurarse el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como un derecho *distinto* y *autónomo* del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰.

El derecho fundamental a la resolución dentro del plazo razonable constituye un derecho fundamental con sustantividad propia, sin perjuicio de su nexo¹¹ con la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE; una relación que no impide su delimitación y entendimiento autónomos; una autonomía y sustantividad que, como se explicará más adelante, incide directamente en el distinto modo de tutelarlos y de restablecer la lesión de uno y otro derecho fundamental. Por eso, ante la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no podemos conformarnos con la misma reparación que si nos encontráramos con una vulneración del derecho a la

⁶ Sobre este aspecto han seguido insistiendo en los últimos años, las SSTC 303/2000, Sala 1^a, de 11 de diciembre; 237/2001, Sala 1^a, de 18 de diciembre; 177/2004, sala 2^a, de 18 de octubre.

⁷ Vid. SSTC 35/1994, Sala 2^a, de 31 de enero, FJ 2; 295/1994, Sala 2^a, 7 noviembre; 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 4; más recientemente, SSTC 153/2005, Sala 2^a, de 6 de junio; 178/2007, Sala 2^a, 23 de julio.

⁸ Vid entre otras, STC 24/1981, de 14 de julio; pero más tarde incluso otras, 81/1989, Sala 2^a, de 8 de mayo; ATC, de 14 de marzo de 1994.

⁹ Vid. la STC 67/1984, de 7 de junio en cuanto a su instrumentalidad pese a que ya en ocasiones se había avanzado en la línea de la autonomía (vid. STC 26/1983, de 13 de abril; 36/1984, de 14 de marzo).

¹⁰ SSTC 10/1991, de 17 de enero; 61/1991, de 20 de marzo; 324/1994, de 1 de diciembre; 78/1988, de 31 de marzo, 32/1999, de 8 de marzo; 160/2004, de 4 de octubre. Sobre esta cuestión, vid. entre otros, Borrajo Iniesta (2000: 135 y ss.) o Miranda Castañón (1992: 6).

¹¹ El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un derecho fundamental con sustantividad propia, sin perjuicio de que en ocasiones puedan existir dependiendo del caso nexo con el también derecho fundamental a la Justicia (art. 24.1 CE). Vid. entre otras, las SSTC 26/1983, de 13 de abril, 133/1988, Sala 1^a, de 4 de julio; 381/1993, Sala 1^a, 20 de diciembre; 32/1999, Sala 2^a, de 8 de marzo; 125/1999, Sala 1^a, de 28 de junio; 303/2000, Sala 1^a, de 11 de diciembre; 220/2004, Sala 2^a, de 29 de noviembre, 142/2010, Sala 2^a, de 21 de diciembre.

tutela judicial efectiva sin indefensión. Y es que, una resolución judicial tardía puede reparar el derecho a la tutela judicial efectiva, pero no el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con un pronunciamiento judicial, fundado en derecho, motivado, a ser posible sobre el fondo de la cuestión y, de ser necesario, también con la ejecución de la resolución firme. Sin embargo, la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se restablece sólo, ni siquiera siempre es posible, con la resolución que -aunque tarde- finalmente llega, sino que en términos estrictos puede y debe acompañarse de otras fórmulas reparadoras complementarias o sustitutivas, que palien efectivamente las consecuencias de las dilaciones indebidas porque de lo contrario en muchos casos nos encontraríamos ante un derecho fundamental simbólico.

En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la actividad judicial, pero eso no siempre es bastante cuando se trata del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas porque una resolución judicial dictada tardíamente, antes incluso del amparo constitucional, no repara una dilación indebida que ya se ha producido aunque no haya agotado todos sus efectos. Que el órgano judicial dicte finalmente la resolución esperada es algo que sólo pone fin a la dilación padecida, pero la lesión del derecho fundamental no puede entenderse efectivamente reparada con esa resolución judicial. Por tanto, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se refiere a la posibilidad de acceso a la Jurisdicción, y tampoco a la obtención de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino a la “*reasonable*” dimensión temporal del procedimiento en obtener esa respuesta jurídica y, en hacerla ejecutar igualmente si fuera necesario sin dilación indebida.

2. Pero.... ¿de qué hablamos cuando hablamos de *dilaciones indebidas*?

De forma sencilla puede decirse que un proceso sin dilaciones indebidas es aquél que se desenvuelve en condiciones normales, dentro del tiempo razonable o prudencial y en el que los intereses litigiosos pueden recibir una pronta satisfacción. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no hay una norma¹² que determine aquello que debe entenderse por una duración razonable del procedimiento, ni siquiera existe un tope máximo.

Desde fecha muy temprana el Tribunal Constitucional advirtió que nos encontramos ante un *concepto jurídico indeterminado o abierto*, cuyo contenido concreto debe establecerse en cada caso atendiendo a criterios congruentes con su enunciado genérico (vid. STC 36/1984, de 14 de marzo). Con todo, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH) han ido paulatinamente concretando qué es una dilación indebida y cuáles son los cánones o criterios que en su examen deben ser considerados.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se puede equiparar con un hipotético derecho fundamental a que los plazos se cumplan y, tampoco a que las secuencias del proceso se ajusten estrictamente a las dimensiones temporales fijadas en las normas procesales. La dilación indebida no se produce por el mero incumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos. Tomás y Valiente, en su voto particular a la controvertida STC 5/1985, de 23 de enero, explicó muy gráficamente que no todo incumplimiento de las normas procesales implica *eo ipso* una violación de este derecho fundamental. Y es que, la dilación no llega sin más y tampoco sin avisar al día siguiente a aquél en el que el órgano judicial se excede de un determinado plazo. Ahora bien, incumplido un plazo y denunciada por una de las

¹² Sería imposible fijar en términos absolutos un plazo razonable extrapolable a cualquier procedimiento con independencia de sus circunstancias concretas.

partes una dilación más allá de un tiempo razonable, es el órgano judicial a quien se impute esa dilación quien debe justificar que la dilación no es indebida; o lo que es lo mismo, que aunque esa dilación no haya sido correcta, puede justificarse atendidas las razones del caso concreto. Por tanto, la entidad o duración del incumplimiento se convierte en esos casos *prima facie* en el indicio de una posible dilación indebida y, en consecuencia, la carga de la justificación recae sobre el órgano judicial al que el justiciable atribuye la dilación.

La lentitud, la demora o el retraso no son sinónimos, al menos no siempre de *dilación indebida* o de la *superación del plazo razonable*. No todo retraso, dilación o demora es una dilación indebida o comporta que se ha excedido el plazo razonable. La clave o punto de inflexión de esta voz (*dilación indebida*) descansa en que el retraso merezca o no el adjetivo de *indebido*. Este juicio o examen de lo temporalmente debido-indebido o de lo razonable-irrazonable pasa, según reiterada jurisprudencia del TEDH y de nuestro Tribunal Constitucional, por aplicar a las circunstancias específicas de cada caso, criterios objetivos¹³ como: la complejidad del litigio; la conducta procesal de las partes; la conducta de las autoridades nacionales (vid. órganos judiciales, etc.); etc. El Tribunal Constitucional español se ha referido también a otros criterios como el interés arriesgado en el litigio¹⁴ o el promedio de duración¹⁵ de litigios del mismo tipo. El TEDH ha concretado que eso que el demandante arriesga en el proceso penal puede ser una pena severa (vid. SSTEDH, de 23 de septiembre de 1998, asunto *Portington* contra Grecia; 2 de noviembre de 2004, asunto *Hensworth* contra Reino Unido), pero también el trabajo del acusado (vid. STEDH de 20 de julio 2004, caso & *Eastaway* contra Reino Unido; 6 de mayo de 1981, asunto *Bucholz* contra Alemania); la custodia de los hijos (STEDH de 3 de febrero de 2005 caso *Sylvester* contra Austria), el honor o reputación (vid. STEDH, 28 de septiembre de 2004, caso *Pieniazeck* contra Austria); etc. Sin embargo, el criterio de los márgenes promedio de duración de los procesos ha sido más controvertido para el TEDH (vid. por todas, la sentencia de 7 de julio de 1989, en el caso *Sanders* contra España¹⁶; en la doctrina, Barcelo i Serra-Malera, Díaz-Maroto y Villarejo, 1997; García Manzano, 1989: 177-206). Veamos a continuación algo sobre estos parámetros en el examen de la posible lesión del derecho a un proceso sin dilaciones.

¹³ Vid. Entre otras; las SSTEDH, de 16 de julio de 1971, *Ringeisen* contra Austria; de 28 de junio de 1978, asunto *König* contra la República Federal de Alemania; de 15 de julio de 1982, caso *Eckle* contra Alemania; de 10 de diciembre de 1982, caso *Corigliano* contra Italia; de 10 de diciembre de 1982, asunto *Foti* y otros contra Italia; 13 de julio de 1983, asunto *Zimmermann y Steiner* contra Suiza; de 8 de diciembre de 1983, asunto *Pretto* y otros contra Italia; de 10 de julio de 1984, asunto *Guincho* contra Portugal; de 3 de junio de 1985, caso *Vallon* contra Italia, etc. Entre las más recientes 1 octubre de 2015, Caso *Ortholand Eisagogi-Emboria Orthopedikon Eidon y Michanimatoron A.E. y Otros* contra Grecia; 3 abril de 2014, Caso *Sotosek* contra Eslovenia; 2 de abril de 2013, caso *Ferreira Alves* contra Portugal; 3 de enero de 2013, Caso *Kovinar D.O.O.* contra Eslovenia; 4 de diciembre de 2012, caso *Dimitrovi* contra Bulgaria; 4 de diciembre de 2012 asunto *Silva Gonçalves et Neves Dias* contra Portugal; 9 de julio de 2012, asunto *Jama* contra Eslovenia; etc.. De igual manera Català i Blas (2002: 21 y ss.), Pérez-Cruz y Rodríguez García (2011: 553-574).

¹⁴ SSTC 38/2008, Sala 1^a, de 25 de febrero; 94/2008, Sala 1^a, de 21 de julio; 141/2010, Sala 2^a, de 21 de diciembre; 54/2014, Pleno, de 10 de abril; 89/2014, Sala 2^a de 9 de junio; 99/2014, de 23 de junio. También, entre otras, la STEDH, de 27 de junio de 2000, asunto *Frydlender* contra Francia.

¹⁵ SSTC 50/1989, Sala 2^a, de 21 de diciembre; 85/1990, Sala 2^a, de 5 de mayo; 139/1990, Sala 2^a, de 17 de septiembre; 73/1992, Sala 1^a, de 13 de mayo; 58/1999, Sala 2^a, de 12 de abril; 125/1999, Sala 1^a, de 28 de junio; 166/2003, Sala 1^a, de 4 octubre; 4/2007, Sala 2^a, de 15 de enero; 178/2007, Sala 2^a, de 23 de julio; 38/2008, Sala 1^a, 25 de febrero; 93/2008, Sala 1^a, de 21 de julio; 141/2010, Sala 2^a, de 21 de diciembre; 58/2014, Sala 2^a, de 5 de mayo; 89/2014, Sala 2^a, de 9 de junio; 99/2014, Sala 2^a, de 23 de junio.

¹⁶ Con todo el Tribunal Constitucional ha insistido posteriormente en otras SSTC 85/1990, Sala 2^a, de 5 de mayo; 139/1990, Sala 2^a, de 17 de septiembre; 37/1991, Sala 1^a, de 14 e febrero; 73/1992, Sala 1^a, de 13 de mayo; 324/1994, Sala 2^a, de 1 de diciembre.

*La complejidad del proceso*¹⁷ supone tener en cuenta los hechos y el fondo de la cuestión de la pretensión formulada y la inseparable urgencia de adoptar una decisión. La dilación no es indebida si es consecuencia y proporcional a la complejidad del litigio. Por eso, aunque es cierto que el art. 24.2 CE no constitucionaliza el derecho a los plazos, si prevé que el periodo temporal normativamente plasmado en la ley procesal ha de servir de criterio objetivo en primer lugar para poder llegar a declarar el desconocimiento de un plazo razonable. No es fácil determinar apriorísticamente qué es complejo, pero a nadie se le escapa que existen materias concretas que pueden ser más complejas y que justifiquen un tratamiento más dilatado y pausado en el tiempo¹⁸. Por ejemplo, el enjuiciamiento de los delitos económicos podría ser un supuesto de procesos complejos porque requieren prolijos informes periciales¹⁹ e investigaciones incluso más allá de nuestras fronteras, o la previa resolución de cuestiones prejudiciales, pero no todo proceso penal por delitos económicos es siempre complejo. En algunos procesos penales la práctica de diligencias de investigación requiere más tiempo; en otras ocasiones el debate jurídico es complejo por las excepciones de fondo; otras veces, la complejidad puede venir determinada por el número de demandados y demandantes, de acusadores y acusados, etc. En esta línea, cabe citar la reciente reforma de la LECrim (Ley 41/2015) cuyo art.324 de la LECrim fija por primera vez plazos para la instrucción, a priori máximos pero esencialmente prorrogables, de 6 meses para los asuntos que entiende "sencillos" y 18 meses para los que son "complejos"²⁰, pero se prevé una prórroga muy flexible. Una reforma muy polémica (Crespo Barquero, 2015; Aguilera Morales, 2015) que según se ha dicho puede abrir supuestos espacios de impunidad o generar dificultades insalvables en la investigación, etc.. Y, que, sin embargo, se ha recibido positivamente por otros (Damián Moreno, 2016: 175-177) al tratar de poner fin a esas instrucciones desesperadamente lentas y de, finalmente, desplazar el centro de gravedad del proceso penal a lo que siempre ha debido ser: el juicio oral y no la instrucción.

Además de la complejidad, en ocasiones las dilaciones indebidas pueden deberse a la propia *actuación de la parte* que denuncia la dilación indebida y que posteriormente solicita la indemnización; o, incluso a la *conducta de las autoridades estatales* (vid. órganos judiciales, Jueces-Magistrados, funcionarios de la oficina judicial, etc.).

En lo que a la *actuación de las partes* se refiere, la jurisprudencia ha rechazado que puedan reputarse como dilaciones indebidas, aquellas que traigan causa de excepciones procesales de carácter dilatorio planteadas por quien posteriormente pretende la tutela de este derecho fundamental. Los órganos judiciales tienen la obligación de rechazar aquellas peticiones, incidentes y excepciones que puedan formularse con manifiesto abuso de derecho o fraude de ley o procesal (vid. art. 11.2 LOPJ) y, desde luego entre éstas están aquellas que

¹⁷ SSTS de 1 de julio 2004, SSTEDH, en ambos casos de 28 octubre de 2003, caso González Doria Durán de Quiroga y López Solé y Martín de Vargas c. España.

¹⁸ Múltiples factores y operadores jurídicos pueden hacer un proceso complejo, vid. las reflexiones de Fairén Guillén (1991).

¹⁹ Con todo, la extensión no debe confundirse con la complejidad. Así el TEDH ha rechazado que la superación de los plazos razonables pueda justificarse en la extensión de los autos si las cuestiones de hecho y de derecho no presentan especiales dificultades. Vid. STEDH, 7 de julio de 1989, caso Unión Alimentaria Sanders S.A. contra España; de 26 de octubre de 1998, asunto *Martrins Moreira* contra Portugal.

²⁰ Se considerará que la investigación es compleja cuando: a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales; b) tenga por objeto numerosos hechos punibles, c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas; d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis; e) implique la realización de actuaciones en el extranjero; f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o g) se trate de un delito de terrorismo.

sólo pretenden dilatar el procedimiento lo son. Por eso, el art. 295 de la LOPJ excluye del derecho a ser indemnizado a quienes actuaron de forma dolosa o simplemente culposa. No se trata sólo de un tener esa actitud dilatoria fraudulenta (vid. la rebeldía, las solicitudes infundadas de suspensión, etc.), sino que la jurisprudencia reclama a la parte una actitud proactiva que exige *la colaboración* de la parte recurrente y así la *denuncia previa* de la dilación, para evitar que se llegue a vulnerar este derecho fundamental. En el caso del proceso penal, la denuncia ha planteado un debate importante desde el punto de vista del derecho fundamental del acusado a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable (vid. art. 24.2 CE); en consecuencia, la jurisprudencia finalmente ha entendido que no es exigible tal denuncia en el proceso penal.

Por último, la *actuación de las autoridades nacionales* es un criterio a tener en cuenta a la hora de enjuiciar lo justificado o indebido de la dilación invocada. Este juicio debe partir de la diferencia entre, lo que pueden denominarse, causas estructurales y causas ocasionales de esa dilación indebida; como explicaremos a continuación, el examen de la validez de la justificación de la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sólo debe hacerse cuando la actuación concreta fuera del plazo razonable y responde a una causa ocasional y no a una estructural. La dilación por circunstancias estructurales son las deficiencias orgánicas y procesales de un sistema judicial, la carencia de medios materiales y/o personales, etc. Mientras que la dilación por circunstancias ocasionales son las concretas que sí son imputables a una actuación u omisión del órgano judicial (ya sea un Juez o un Tribunal colegiado, la oficina judicial, etc.). Así, las dilaciones indebidas no pueden justificarse, y por tanto excluir su lesión, cuando tengan su origen en carencias o defectos de la estructura y organización judicial, tampoco puede escudarse en el volumen de trabajo o en la falta de medios, etc. porque eso significaría dejar sin contenido este derecho fundamental. Así las cosas, ni la sobrecarga de trabajo que pesa sobre algunos órganos judiciales²¹, ni la falta de medios económicos o personales, ni la deficiente regulación procesal de algunos procedimientos, son causas de justificación admisibles de las dilaciones indebidas²². Sin perjuicio de lo anterior, como veremos en el siguiente epígrafe, el Estado tiene la responsabilidad directa por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cualquiera que sea la causa de la dilación: estructural (deficiente organización judicial) u ocasional (vicisitudes personales del titular del órgano jurisdiccional), pero sólo en el caso de las ocasionales el Estado podría repetir contra los Jueces y Magistrados implicados. Las dilaciones indebidas que sean consecuencia de deficiencias estructurales pueden exonerar a los titulares de los órganos jurisdiccionales de la responsabilidad personal por los retrasos con que sus decisiones se produzcan (STC 53/1997, Sala 2^a, de 17 de marzo), pero no puede borrar esos retrasos y tampoco privar a los ciudadanos del derecho a una indemnización frente a tales retrasos.

3. La controvertida efectiva reparación de las dilaciones indebidas: *teoría y práctica*

²¹ Véase el volumen de trabajo de los Juzgados de lo Mercantil de ciudades como Madrid, Barcelona, etc. Vid. en junio de 2015, *Diario La Ley*, informaba que Jueces para la Democracia Jueces para la Democracia reclamaba la creación de mil juzgados para poner al día la Justicia; concretamente, advertían de los Juzgados de lo Mercantil también se han visto sobrepasados por el incremento de las insolvencias empresariales y familiares, y por los litigios sobre condiciones generales de la contratación, en particular sobre cláusulas suelo, que están llevando los señalamientos a años vista.

²² Como subrayó la STC 10/1997, Sala 1^a, de 14 de enero, *los órganos judiciales están obligados a garantizar este derecho fundamental aun cuando la dilación se deba a esas carencias estructurales de la organización judicial*.

El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, es un derecho de carácter eminentemente procesal (evitar las dilaciones indebidas en el proceso), pero eso no significa que su lesión no se vea acompañada de consecuencias sustantivas (Barcelo i Serra-Malera, Díaz-Maroto y Villarejo, 1997: 4 y ss.). Con todo, el reconocimiento de la vulneración de este derecho fundamental puede tener consecuencias muy distintas dependiendo del tipo de proceso, de si es posible la reparación *in natura* y de otras muchas circunstancias. De hecho, quizá sea este tema, el aspecto del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas sobre el que existe mayor discusión doctrinal y sobre el que ha habido importantes cambios jurisprudenciales, alguno de los cuáles ha terminado²³ por plasmarse en la ley (vid. art. 21.6 del CP tras la LO 1/2010, de 30 de junio). En este punto, y dado el espacio limitado de que disponemos para explicar en estas breves páginas el *estado del arte* de la voz dilaciones indebidas, nos detendremos especialmente en las consecuencias de la estimación de la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el proceso penal.

Con carácter general, el reconocimiento de la lesión de este derecho fundamental puede ir acompañado de distintas consecuencias; siempre que sea posible una reparación *in natura* y, en caso de no serlo o incluso como complemento de aquélla, acudiendo a *otras vías*. Como veremos a continuación, las fórmulas concretas de protección o resarcimiento plantean distintos problemas; bien por no reparar efectiva e íntegramente la lesión (vid. una simple declaración del Tribunal Constitucional); por no ser desde el punto de vista sustantivo aptas o convenientes para reparar la lesión; o, como ocurre en el caso de su indemnización porque su efectiva obtención termina constituyendo un periplo e infierno procesal para quien ya ha sufrido una dilación.

3.1. La reparación *in natura*

El restablecimiento *in natura* dependerá de si la lesión declarada del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas se ha producido por omisión o por acción del órgano judicial. En el primer caso, el de la comisión omisiva, la reparación consiste en imponer al órgano judicial al que se hubiera atribuido la demora, la adopción urgente y sin más dilación de la resolución correspondiente. En el segundo caso, el de comisión por acción, el restablecimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas pasa por declarar la nulidad de la resolución judicial a la que se atribuya la lesión.

Sin embargo, en cualquiera de los dos casos la reparación *in natura* no parece efectivamente suficiente si tenemos en cuenta que se ha superado (o debería) esa primigenia concepción instrumental en favor de su noción como derecho autónomo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y que, por tanto, la tutela judicial efectiva de este derecho no culmina con el dictado final de esa resolución judicial que se esperaba y tampoco, declarando la nulidad de la resolución judicial causante de la dilación.

3.2. Otras vías de reparación: complementarias, sustitutivas o ajenas al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Así las cosas, como la reparación *in natura* no siempre es posible o, siendo posible no es suficiente, el ordenamiento jurídico prevé también otros caminos que complementando la reparación *in natura* o sustituyendo a aquélla, consigan un restablecimiento efectivo de la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

²³ Sobre su reconocimiento legislativo, puede verse entre otros, Toscano Tinoco (2013: 264-283).

A. La responsabilidad judicial

Por un lado, encontraríamos la posibilidad de interponer *las acciones correspondientes para exigir en su caso la responsabilidad civil y/o penal de los Jueces o Magistrados* titulares de los órganos judiciales a los que sea atribuible la lesión de este derecho fundamental; pero también la de presentar una queja al Consejo General del Poder Judicial para que el Promotor de la acción disciplinaria inicie en su caso el expediente de *responsabilidad disciplinaria* correspondiente. No debemos olvidar que una de las “garantías constitucionales” de los Jueces y Magistrados es su responsabilidad (art. 117.1 CE)²⁴. La responsabilidad significa que los jueces deben responder *personalmente* por su quehacer como detentadores de un poder público, como titulares de esa potestad jurisdiccional que actúan o ejercitan. La responsabilidad es una consecuencia ineludible de otras dos de las garantías constitucionales a que se refiere el art. 117 de la CE, la independencia y el sometimiento al imperio de la ley, y determina que *los jueces y magistrados son responsables personalmente por los actos/omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales*.

Desde esta perspectiva de responsabilidad, y por supuesto dependiendo del caso concreto, las dilaciones indebidas podrían eventualmente dar lugar a alguna de estas responsabilidades, desde la penal²⁵ hasta la disciplinaria²⁶, pasando por la responsabilidad civil²⁷.

B. Dilaciones indebidas como un supuesto de funcionamiento anormal: Responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización

Por otro lado, la reparación efectiva de las dilaciones indebidas puede obtenerse también a través de la responsabilidad patrimonial del Estado porque éstas son un supuesto concreto del *funcionamiento anormal* de la Administración de Justicia. Y es que la concepción del Estado (como Estado de Derecho) exige que los servicios públicos se presten con garantía de un buen funcionamiento.

Ya antes de la CE, en el ámbito de la Administración Pública, estaba previsto un régimen de responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios públicos que el Estado prestaba. Pero, su aplicación a la Administración de Justicia resultaba controvertido y problemático. Por eso, el constituyente de 1978 previó un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de cualquier servicio

²⁴ Imprescindible sobre éstas, Moreno Catena (2015: 131-144) y, recientemente muy interesantes las reflexiones de Damián Moreno (2015: 299-305).

²⁵ La responsabilidad penal (406-410 LOPJ) permite exigir responsabilidad penal a Jueces y Magistrados por la comisión de delitos en el ejercicio de funciones de sus funciones jurisdiccionales.

²⁶ La responsabilidad disciplinaria (414-427 LOPJ) conlleva la exigencia de responsabilidad a un juez por actos u omisiones ilícitos en los que falte a la disciplina que le exige su Estatuto en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Teniendo en cuenta el principio intervención mínima que rige en el Derecho Penal, las infracciones menos graves escapan al Derecho Penal, pero no a la responsabilidad disciplinaria. La responsabilidad disciplinaria permite el control de la actividad profesional de Jueces y Magistrados para asegurar el cumplimiento de los deberes inherentes a su función. Entre el elenco de faltas disciplinarias previstas en la LOPJ es fácil encontrar distintas conductas que directa o indirectamente podríamos encontrar relacionadas con el derecho a un proceso sin las dilaciones indebidas o con el derecho a que la resolución en un tiempo razonable; entre otras, por ejemplo, como falta leve el Incumplimiento injustificado de los plazos; como falta grave el incumplimiento reiterado o injustificado de los horarios o a la asistencia de audiencias o vistas, o como muy infracción muy grave la desatención del órgano judicial o el retraso reiterado o injustificado. El Diario La Ley, informaba el 23 de marzo de 2015 que el CGPJ sólo había sancionado a 11 jueces, la mayoría por retrasos concretamente 25 en los expedientes incoados en 2014.

²⁷ La responsabilidad civil (411-413 LOPJ) permite que el perjudicado reclame los daños y perjuicios causados por la actuación, ya sea una acción u omisión, de un Juez en el ejercicio de sus funciones cuando hubieren sido causados por dolo o culpa.

público (arts. 9.3; 106.2 de la CE), y, en particular expresamente por el funcionamiento de la Administración de Justicia (vid. el art. 121 CE).

La Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) desarrolla estos principios en la idea de que el ciudadano es el destinatario de la Administración de Justicia (art. 292-297 LOPJ)²⁸. Sin perjuicio del reconocimiento expreso del derecho a esta indemnización (art. 121 CE), este derecho deriva del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías del art. 24.2 de la CE. Y, aunque no existe un concepto claro del funcionamiento anormal, la doctrina (Guzmán Fluja, 1994: 203 y ss.; Delgado del Rincón, 2000) viene entendiendo ésta como una cláusula residual, es decir, como cualquier actividad de la Justicia que, sin poderse reputar como error judicial, provoque daños o perjuicios a la parte²⁹.

Sin embargo, en la práctica esa indemnización como una vía para reparar sustitutiva y/o complementariamente la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas presenta algunas dificultades procesales. Y es que el sistema legalmente diseñado condena al ciudadano que ha obtenido un reconocimiento o declaración judicial incluso del Tribunal Constitucional de la lesión de este derecho fundamental a iniciar un nuevo procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia para encontrar esa indemnización. Un procedimiento administrativo que, en muchos casos, termina volviendo a los tribunales porque muchos de los que solicitan esa indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia recurren la decisión que haya puesto fin al expediente ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Por eso, en distintos momentos se han planteado algunas posibles soluciones de *lege ferenda*. Véase, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional incluya en la sentencia, que estime el amparo por este derecho, un reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; y, que a partir de ese pronunciamiento sea la jurisdicción ordinaria quien establezca la cuantía concreta de la indemnización; se ha defendido incluso que sea el propio Tribunal Constitucional quien fije el *quantum*. Unas puertas alternativas que parecen hoy todavía lejanas³⁰. Con todo, la jurisprudencia constitucional a este respecto ha dejado en algún momento abierta tímidamente³¹ la puerta a la primera solución: que la sentencia del Tribunal Constitucional no sea sólo el presupuesto del derecho a la indemnización que debe reclamar ante otro (a ser posible la jurisdicción ordinaria y no el Ministerio Justicia), sino un título que pueda llevarse al órgano jurisdiccional competente para que resuelva el *quantum* correspondiente.

C. Vías en fase de ejecución

En la búsqueda de esas otras vías de reparación, en algún momento también se puso sobre la mesa del debate la posibilidad de que reconocida y declarada la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se tradujese en *la*

²⁸ Real Decreto 429/1993, 26 marzo recoge el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

²⁹ Daños y perjuicios referidos no sólo al ámbito jurisdiccional, sino también al funcionamiento o gobierno de los propios órganos judiciales; por eso, se puede imputar no sólo a jueces y magistrados (como ocurre en el error judicial), sino a otros órganos y cuerpos al servicio de la Administración de Justicia.

³⁰ El Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente que el derecho a la indemnización no es un derecho invocable en la vía de amparo constitucional porque esa petición no se corresponde con ninguno de sus posibles pronunciamientos, vid. por todas la STC 37/1982, de 16 de junio.

³¹ SSTC 36/1984; 35/1994, Sala 2^a, de 31 de enero; 180/1996, de 12 de noviembre; 33/1997, de 24 de febrero; 53/1997, de 17 de marzo.

*inejecución de la condena impuesta*³². Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó de plano esa vía en el entendimiento de que una vez se ha constatado en sentencia firme que A cometió un hecho delictivo y, consecuentemente en esa misma resolución se declara que la responsabilidad penal de A, el tiempo (mayor o menor) que haya retrasado el procedimiento no afecta en modo alguno a las bases de la condena³³.

El *indulto*³⁴ es una de las causas de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.3º CP) que curiosamente también ha entrado en juego, a pesar de lo muy controvertido que resulta esta figura³⁵, como una de esas otras vías de reparar o paliar la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas³⁶. Hemos de recordar que la posibilidad de que las dilaciones indebidas pudieran ser reparadas por la vía del indulto vino de la mano de un Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 2 de octubre de 1992; criterio que fue reiterado, por el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 29 de abril de 1997. Con todo, la posibilidad de que unas dilaciones indebidas puedan ser de una de esas razones de Justicia, Equidad o conveniencia pública para otorgar esta gracia parece hoy una interpretación superada desde 1999 por la de considerarla como una *circunstancia atenuante*.

D. Fórmulas a propósito de la individualización de la pena

Como hemos adelantado, a esos dos acuerdos no jurisdiccionales de la Sala 2ª del TS siguió en mayo de 1999 un tercero que dio un giro³⁷ a esa interpretación. El Acuerdo no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 prefirió la tesis de estimar que las dilaciones indebidas sufridas puedan repararse, o mejor dicho compensándolas, aplicando una pena inferior entendiéndolas como una circunstancia *atenuante analógica* (vid. Manjón-Cabeza Olmeda, 2008; Márquez de Prado y Noriega, 1994). Para el Tribunal Supremo se produce una situación de análoga significación a aquellas circunstancias posteriores a la consumación del delito³⁸. La dilación indebida, ya sea a la hora de juzgar o a la hora de hacer ejecutar lo juzgado, representa para el condenado una pena natural que de algún modo debe ser computada en la pena concreta que pudiera corresponder a ese delito. La lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas debe atemperar de algún modo la gravedad de la pena prevista inicialmente para la gravedad de la culpabilidad del autor. Sólo de esta forma se respeta la proporcionalidad entre la

³² Vid. Belloch Julbe (1989: 46 y ss.). En contra, por distintos problemas como la posible vulneración del principio de legalidad e igualdad, vid. Vives Antón (1992: 97) y Fernández-Viagras (1991: 41 y ss.).

³³ vid. SSTS 381/1993, Sala 1ª, 20 de diciembre; 8/1994, de 17 de enero; 35/1994, Sala 2ª, de 31 de enero; 148/1994, de 12 de mayo; 295/1994, de 7 de noviembre.

³⁴ Regulado por la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988 de 14 de enero.

³⁵ Recomendamos el completo estudio de Aguado Renedo (2001) y, más recientemente, García San Martín (2015). El indulto ha sido siempre una institución controvertida en España, pero quizás haya sido durante el S.XXI cuando se han publicado distintos trabajos y proyectos al respecto. Véase, p.ej. el nacimiento y desarrollo del indultómetro de la mano de Eva Carracedo. En la actualidad está en curso un interesante proyecto de investigación nacional (excelencia) bajo el título *Indulto y Derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar* (DER 2013/45562), dirigido por D. Fernando Molina Fernández.

³⁶ En este sentido, el art. 4.4. del CP establece que *(s)i mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.*

³⁷ Un cambio que se resuelve efectivamente entonces, pero que había comenzado antes. En este sentido, SSTS de 9 de noviembre de 1993 (RA 8382), 14 de diciembre de 1991 (RA 9313); de 6 de julio de 1992 (RA 6123); 21 de noviembre de 1996 (RA 6927).

³⁸ Como puede ser la confesión del delito o la reparación del daño.

gravedad de la pena y el mal causado (vid. SSTS, Sala 2^a, 127/ de diciembre de 2004, 12 de mayo de 2006, 10 de diciembre de 2008, 25 de enero de 2010, 30 de marzo de 2010 y 25 de mayo de 2010, 832/2014, de 12 de diciembre).

Desde esta perspectiva, las dilaciones indebidas representan una pérdida de derechos que debe ser tenida en cuenta a la hora de fijar la pena. El Tribunal Supremo recuerda que el derecho penal vigente es un derecho de culpabilidad y de acto, no de autor, lo que explica que la culpabilidad sea modificable; y esa modificación puede entrar en juego con hechos posteriores al delito que repercuten en el significado de la pena aplicable. Una tesis que ha recibido numerosas críticas, entre otras cuestiones, porque en este caso (dilaciones indebidas) el acto del que se quiere colegir la atenuación no proviene del autor. Una crítica a la que los defensores de la tesis responden recordando que existen dos maneras de compensar la culpabilidad: una constructiva y otra destructiva. La constructiva que entra en juego cuando un acto propio del autor permite compensar parte de su culpabilidad, es decir, el *desmeritum* del delito se compensa con un mérito posterior. Por otro lado, la compensación destructiva permite tener en cuenta otros hechos posteriores, que sin provenir del propio autor del delito, adelantan una pérdida de derechos que es consecuencia del delito y del proceso³⁹.

Finalmente, y ahondando en esa línea de atenuación de la responsabilidad penal, desde 2010 el legislador decidió recoger ya como circunstancia atenuante expresa (y ya no analógica) *la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento siempre que no sea imputable al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa* (art. 21.6º del CP, tras la modificación de la LO 5/2010, de 30 de junio. Vid. Goyena Huerta, 2015; Alcacer Guirao 2010: 633 y ss. y posteriormente, 2011: 357 y ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, 2010). Una solución que no termina de convencer a muchos, por distintas razones en las que es imposible entrar en este momento (Roig Torres, 2015; Díaz-Maroto y Villarejo, 2011); por ejemplo, recientemente se ha advertido (Urbano Castrillo, 2015) del riesgo y los problemas que pueden derivarse de una aplicación expansiva de esta atenuante⁴⁰.

Bibliografía

- AGUADO RENEDO, C. (2001), *Problemas constitucionales en el ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid.
- AGUILERA MORALES, M. "La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal (o 'de cuando el oro parece...')", *Diario la ley*, 1 de junio de 2015, pp. 1-17.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2010), "Dilaciones indebidas (atenuante)". En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.), *Memento Experto. Reforma penal 2010*, Madrid, Editorial Francis Lefebvre, pp. 7000-7149.
- BARCELO I SERRA-MALERA, M. y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (1997), "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la Jurisprudencia del

³⁹ Por eso, el tiempo en prisión provisional debe ser tenido en cuenta en el cumplimiento de la pena privativa de libertad efectivamente impuesta (art. 58 CP); y, por eso también, cuando la medida cautelar sufrida y la pena efectivamente sean de distinta naturaleza la lesión de derechos que hayan representado las medidas cautelares debe compensarse, en la medida que el Juez estime, mediante su abono en la pena (art. 59 CP). Con todo, la tesis de la compensación o de la solución en la ejecución no es la misma desde el punto de vista estrictamente teórico que la de la atenuación; vid. la solución del *Vollstreckungslösung* del Tribunal Supremo alemán, vid. STEDH, de 15 de julio de 1982, caso *Eckle contra Alemania*.

⁴⁰ En referencia a la última jurisprudencia al respecto; por todas, la STS 528/2014, de 16 de junio; y la STC 78/2013, Sala 2^a, 8 de abril.

- Tribunal Constitucional", *Revista del Poder Judicial*, núm. 46, segundo trimestre, pp. 13-48.
- BELLOCH JULBE, J.A. (1989), "Las dilaciones indebidas", *Jueces para la Democracia*, núm. 7, pp. 36-50.
- BORRAJO INIESTA, I. (2000), "Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto, pp. 133-152.
- CAPELLETTI, M. (1989), *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford.
- CATALÀ I BAS, A. H. (2002), "La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal Constitucional", *Dereito*, núm. 11, pp. 25-60.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2014), "Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su compensación y dos consecuencias importantes (1)", *RVAP*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, pp. 921-941.
- COUTURE, E. (1945), *Proyecto de Código de procedimiento civil: con exposición de motivos*, Impresora Uruguaya S.A., Montevideo.
- CRESPO BARQUERO, P. (2015), "Límites a la investigación penal. Lo que es lógico en países desarrollados resulta absurdo en el obsoleto proceso español", *El país*, 15 octubre, artículo de opinión.
- DAMIÁN MORENO, J. (2015), "¿Qué justicia queremos? Esencia y existencia del poder judicial", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, pp. 283-312.
- DAMIAN MORENO, J. (2016), "Suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica.... limitase la duración de la fase de instrucción", *Libro homenaje al prof. Serra domínguez*, (pendiente de publicación).
- DELGADO DEL RINCÓN, L. (2001), "Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial", *Revista del Poder Judicial*, núm. 61, pp. 13-62.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2011), "La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 80, pp. 45-59.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (1991), *Ensayo sobre procesos complejos*, Tecnos, Madrid.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. (1991), "Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social", *Poder Judicial*, núm. 24, pp. 37-59.
- GARCÍA MANZANO, P. (1989), "Responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia", *Poder Judicial. Número especial V: Sistema judicial español: poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial*, pp. 177-206.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J. (2015), *El indulto: tratamiento y control jurisdiccional (con formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J. (2013), "Tutela judicial efectiva vs derechos de las víctimas, dilaciones indebidas, prescripción e indultos", *EGUZKILORE*, núm. 27, pp. 31-42.
- GIMENO SENDRA, V. (1998), "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas". En: MORENO CATENA, V. M. (Coord.), *Constitución y Proceso*, Madrid, Tecnos, pp. 171-182.
- GOYENA HUERTA, J. (2015), "La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, BIB 2015\1321, pp. 37-45.
- GUZMAN FLUJA, V. (1994), *El derecho a la indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (2010), "Circunstancias modificativas (arts. 21 y 22)". En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.) *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (2008), "Son vinculantes los acuerdos del Pleno no

- jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo?", *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, No. 10, pp. 1-25.
- MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA, M. D. (1994), "La atenuante por análoga, una situación incierta", *Poder Judicial*, núm. 33, (consulta a través de CD del CGPJ), pp. 105-118.
- MIRANDA CASTAÑON, A. (1992), *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Primer Premio de la Unión Progresista de Secretarios Judiciales, Aranzadi, Pamplona.
- MORENO CATENA, V. (2015), *Manual Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- OUBIÑA BARBOLLA, S. (2012), *El Tribunal Constitucional: pasado, presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PEDRAZ PENALVA, E. (1996), "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", *Poder Judicial*, núms. 43-44, pp. 225-250.
- PEDRAZ PENALVA, E. (2000), *Derecho procesal penal, Tomo I, Principios*, Colex, Madrid.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2011), "Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: de la atenuante analógica a la atenuante específica del código penal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 15, 2011, pp. 553-574.
- ROIG TORRES, M. (2015), "Tratamiento de las dilaciones procesales en el derecho alemán y español", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, pp. 1-56.
- TOSCANO TINOCO, J.J. (2013), "Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a Época, n.º 10 , julio, pp. 237-292.
- URBANO CASTRILLO, E. (2015), "Dilaciones indebidas, pero no siempre", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2015, BIB 2015\245, pp. 125-131.
- VIVES ANTÓN, T.S. (1992), *La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Jerome Frank: Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho¹

Jerome Frank: American Legal Realism and facts in law

Sebastián Reyes Molina
Universidad de Uppsala
sebastian.reyes@filosi.uu.se

1. Contexto: realismo jurídico

Es un lugar común en la literatura especializada encontrar el nombre de Jerome Frank dentro de las principales figuras del realismo jurídico estadounidense². También es común leer que Frank es uno de los autores más radicales (Cfr. Green, 2005) del, a su vez, también considerado radical (Cfr., Tamanaha, 2009: 735) realismo jurídico estadounidense.

Esta corriente de pensamiento³ se caracterizó por ser una respuesta frontal al formalismo jurídico⁴. En líneas generales, para los realistas, las decisiones de los jueces no encuentran su origen en la sola aplicación de las normas jurídicas (Cfr. Schauer, 2013: 749).

Esta postura refleja una “doctrina del escepticismo” que compartían sus autores (Cfr. Schauer, 2013: 754). Estos juristas sostenían que “...*las reglas y principios que los jueces recitan en sus fallos no revelan, o revelan de forma incompleta, las verdaderas razones y motivos de sus decisiones*” (Leiter, 2013: 954).

¹ El texto que aquí se presenta por primera vez traducido al español es el capítulo 3º del libro de Jerome Frank “Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice” del año 1949. El capítulo presentado engloba los presupuestos de la línea de pensamiento de Jerome Frank, la incertidumbre sobre la declaración de hechos probados.

² Ver en este sentido: Llewellyn (1931); Leiter (1997); Hull (1989). Sin embargo, salvo el libro de Solar Cayón y la traducción realizada por Carlos Bidegáin publicada en la editorial Fontamara del libro de Frank (2001) la literatura hispano hablante no ha tratado ni desarrollado el pensamiento jurídico de Frank. Ver: Solar (2005); Frank (2001).

³ Sin perjuicio de que varios autores aun encuentran dificultad en definir el realismo jurídico ver: Leiter (2013: 67), me permito denominarlo, para estos efectos, “corriente de pensamiento” siguiendo la nomenclatura presentada por Nino. Ver: Nino (2013: 44). Sin perjuicio de lo anterior, hay autores que si lo consideran como una escuela de pensamiento, ver en este sentido: Schauer (2013).

⁴ Una cuenta de la controversia formalismo/realismo se encuentra en: Tamanaha (2010).

El escepticismo, así formulado, se transformó en la “marca de fábrica” del realismo estadounidense⁵.

En el seno del realismo jurídico estadounidense, Jerome Frank identificó dos tipos de escepticismo dentro del realismo jurídico estadounidense: el escepticismo ante las reglas⁶ y el escepticismo ante los hechos⁷.

2. Escepticismo ante los hechos

La visión formalista, dominante en la época de Frank, del proceso judicial entendía que las decisiones de los tribunales son la confluencia de, solamente, dos elementos: hechos y normas. Dentro de este esquema, los juristas de la época (y mayormente también en la actualidad) enfocaban sus esfuerzos intelectuales en el estudio de las normas. Sin embargo, para Frank, el punto central de un litigio no son éstas sino los hechos.

Si la norma es una oración condicional del estilo (si sucede “X” entonces se aplica “Y”) el antecedente inmediato y directo para la aplicación de ésta es que determinados hechos hayan acontecido en la realidad. Sólo si el hecho “X” (a la que se apareaja la norma “Y”) ha ocurrido, entonces el Estado está legitimado para aplicar la norma “Y” (i.e., ejercicio de poder coercitivo estatal). Caso contrario, estaríamos ante el ejercicio indiscriminado y arbitrario del poder estatal, el cual se traduce en la posibilidad de graves daños a la vida, libertad, propiedad, etc., de las personas que viven en una determinada comunidad. Así Frank sostiene que

“(u)no de esos problemas, que en tanto permanezca sin solución provocará dramas diarios, es el de obtener un conocimiento correcto de los hechos en la etapa probatoria de los pleitos judiciales. Cuando hace unos veinte años, un fiscal dijo, muy ufano, que los hombres inocentes nunca eran condenados como criminales, Borchard le replicó, en 1932, con la publicación de su gran libro *Convicting the Innocent* (...) donde reveló que muchos hombres fueron a la cárcel por delitos que no habían cometido, debido a que los tribunales de primera instancia (...) habían incurrido en errores en la apreciación de los hechos. Como tales errores se deben a defectos judiciales en la determinación de los hechos –defectos presentes tanto en litigios civiles como penales-, resulta que los hombres no solo pierden su libertad sino también a menudo su propiedad, ahorros, trabajo o reputación por causa de fallos fundados en el ‘hallazgo’ judicial de hechos que nunca han ocurrido realmente” (Frank, 2001: 25 y 26).

Parece ser que responder a la pregunta sobre si han ocurrido realmente los hechos que el juez dice que han ocurrido (a los cuales les aplica una consecuencia normativa) es central para evaluar si una determinada comunidad ejerce el poder estatal de forma racional o arbitraria (Cfr. Twining, 2006: 15).

En este sentido, para Frank, los estudiosos del derecho, si quieren entender y explicar cómo funciona el derecho (y por ende el ejercicio del poder estatal), deben cambiar el foco de su análisis y trasladarlo desde el comportamiento de las cortes hacia los tribunales inferiores (*trial courts*)⁸. De este modo

⁵ Utilizo la nomenclatura “estadounidense” para distinguirlo de otras corrientes que también han sido llamadas “realismo jurídico” tales como el escandinavo o el genovés. A modo de ejemplo, ver: Ferrer y Ratti (2011); Mindus (2009).

⁶ El escepticismo ante las reglas no será desarrollado en este trabajo.

⁷ En el prefacio de Frank (1930).

⁸ En este sentido Frank ayudó a ampliar el universo en el cual el realismo estadounidense habitaba. El trabajo de las Cortes superiores consistía en el objeto predilecto de análisis de los realistas estadounidenses por el hecho de que en esta instancia se discutían sobre las normas jurídicas y por

“...para la mayoría de las personas que se ven envueltas en un litigio, la función que desempeñan los tribunales inferiores es de mayor importancia que la función realizada por las cortes. No tan sólo porque una abismante mayoría de casos no son apelados, sino que, incluso en los que sí lo son, los cuales no son más allá de un 6% del universo total de casos litigados anualmente, las cortes superiores aceptan sin mayor cuestionamiento los hechos probados presentados por los tribunales inferiores. Esto es así, puesto que las cortes no tienen contacto con las declaraciones de los testigos, y, sin perjuicio de que la percepción inmediata de los jueces de los tribunales inferiores a las pruebas esté lejos de ser un medio infalible, no existe, disponible actualmente, otro método más confiable por lo que la labor llevada a cabo por éstos es, generalmente, considerada como esencial en nuestro sistema jurídico” (Frank, 1948: 374).

Sin embargo, Frank cuestiona la posibilidad de que los tribunales inferiores puedan determinar objetivamente los hechos en un litigio: debido a una serie de factores tanto jurídicos como no jurídicos⁹, que tienden a participar en el proceso judicial, los hechos en un juicio no pueden ser determinados objetivamente por el juez o el jurado.

De este modo, los hechos declarados probados en un litigio no son, en todos los casos, los hechos que acaecieron en la realidad sino que, en el mejor escenario, son creencias subjetivas del juez o el jurado sobre los hechos que declaran los testigos y que son alegados por las partes (Cfr. Frank, 1949: 15 y ss).

Éste es el núcleo del “escepticismo ante los hechos” presentado por Frank. Los hechos en un litigio determinado¹⁰ en tanto creencias subjetivas del juez o el jurado, son: 1) independientes de la verdad de dichos hechos (Cfr. Frank, 1949: 16) y 2) elementos altamente difíciles de predecir puesto que dependerán de una serie de factores y variables incontrolables e incognoscibles, *a priori*, por el abogado que debe asesorar a su cliente (Cfr. Twining, 2006: 116).

Si bien Frank no presenta una sistematización de los factores por los cuales la tarea de determinación objetiva de los hechos no es plausible llevar a cabo, este trabajo busca presentar una propuesta general de sistematización a dichas elementos¹¹.

ende sobre las consecuencias jurídicas que una determinada norma conllevaría. Sin embargo, para Frank, la determinación de la norma jurídica no supone un problema tan grave. Generalmente, los abogados, más o menos, tienen un conocimiento de cómo un determinado juez fallará una determinada causa (i.e., qué norma jurídica aplicará). El problema yace, en el paso anterior. Para poder aplicar la norma se debe declarar como probados determinados hechos ¿los hechos declarados probados en una sentencia son los hechos reales a los que nos interesa imputar una consecuencia jurídica? ¿Es posible, en un proceso judicial, la determinación objetiva de los hechos del caso? Estas preguntas, entre otras, son esenciales para la aplicación misma del derecho. Parece ser que no se concibe un sistema que aplique normas jurídicas a hechos inexistentes por lo que es crucial que el proceso pueda determinar que los hechos probados ocurrieron realmente en el mundo. Éste es el núcleo de la actividad de los jueces y dado que las cortes superiores generalmente no deciden sobre hechos, es que se hay que volcar nuestra atención a la actividad de los jueces ordinarios (*trial courts*).

⁹ Los cuales se encuentran ajenos al control de los jueces y que varían de caso en caso.

¹⁰ Si bien lo anterior puede ser aplicado para una generalidad de litigios. La dificultad epistemológica que enfrentan los tribunales inferiores se hace especialmente difícil en los “casos controvertidos”, es decir, aquellos litigios en los cuales las partes presentan versiones incompatibles de los hechos alegados en juicio. El escepticismo ante los hechos de Frank está pensado en el desarrollo de estos tipos de casos. Esto no quiere decir que para los casos no-controvertidos (i.e., cuando los hechos son aceptados por una parte) existan una serie de impedimentos epistemológicos, sino que, en la práctica, un caso no-controvertido versa sobre la aplicación de la norma jurídica. Ver: Frank (1949: 20).

¹¹ Como se podrá observar, las causas presentadas en este trabajo son, de hecho, factores que se presentan día a día en la tarea de determinación de los hechos en los juicios. En este sentido, las preocupaciones de Frank siguen siendo tan validas ahora como lo fueron en la primera mitad del siglo XX.

De este modo, las causas del escepticismo ante los hechos pueden dividirse en, a lo menos tres, a saber: 1) No-Jurídicas o psicológicas, 2) Jurídicas o prácticas institucionales, 3) mixtas o contextuales.

2.1. Causas No-jurídicas: los límites de nuestra percepción

Frank centra su análisis en la prueba testimonial y la falibilidad del testimonio. Esta falibilidad se deriva de

“(l)os innumerables errores de percepción derivados de los sentidos, las fallas de la memoria, las amplias diferencias en los seres humanos en lo relativo a sexo, edad, naturaleza, cultura, estado anímico transitorio, salud, apasionamiento, ambiente, etc., todas estas cosas ejercen tan gran efecto que es raro que recibamos dos relatos similares sobre una misma cosa; y cuando comparamos lo que a la gente le sucede realmente y lo que confiadamente afirma sólo encontramos error sobre error” (Frank, 2001: 56).

Frank parte de la premisa que los testigos no pueden ser equiparados a observadores científicos (Frank, 1949: 17). En este sentido los jueces y jurados tampoco pueden ser sujetos de dicha comparación, por lo que les afectaran las mismas fallas que a los testigos. Ambas, las habilidades cognitivas de los testigos y del juez (o jurado) son limitadas. Sin embargo, las capacidades de éste último son, aún más limitadas, cuando hablamos de la determinación de los hechos del juicio. Esto pues los testigos, al menos, pueden predicar su testimonio sobre hechos que han percibido (con todos los defectos que puede conllevar una percepción) pero los jueces (o jurados) sólo basar su decisión en los recuerdos (falibles) de una persona y no en haber experimentado los hechos directamente (Frank, 1949: 22).

Las desatenciones y sesgos personales de los jueces y los jurados hacia los testigos mientras éstos rinden declaración, sólo propician una valoración parcial e incompleta de la información relevante del caso a decidir.

Un “...testigo ignorado u olvidado no está ‘psicológicamente’ presente, su testimonio está ‘psicológicamente’ ausente. La desatención puede determinar, entonces, que no se comprenda un hecho importante, prácticamente se lo coloca afuera de la causa. Pero la ‘la sustracción de un sólo hecho puede alterar la aplicabilidad de una o más doctrinas de derecho sustantivo’.

A su vez, los jueces o jurados al considerar la credibilidad (o falta de credibilidad) de los testigos se encuentran poderosamente influenciados por sus respectivas ‘idiosincrasias y prejuicios personales’ que son ‘inarticulados o inconscientes’ (...) uno puede llamar a estos perjuicios ‘standards’ valorativos (...) comúnmente estos resultan de ‘distorsiones egocéntricas’ profundamente escondidas (...) un juez sin darse cuenta de ello, tiene un fuerte sentimiento antagonista hacia un testigo (...) otro juez, también sin advertirlo puede tener una predisposición en favor de un testigo que tenga cierta apariencia o peculiaridad. Los jueces como observadores-de-testigos no son fungibles y sus singulares reacciones son no transferibles” (Frank, 2001: 57).

Para Frank, por regla general estos estándares valorativos no son revelados en la motivación de la sentencia, “(n)adie, salvo el juez, sabe si en los fundamentos dados a publicidad informa debidamente o hace un ‘manipuleo’ con su creencia (es decir la distorsiona) pues ningún otro puede probar inexactitud de una información sobre un ‘estado mental’ íntimo” (Frank, 2001: 60). En el caso de los jurados, éstos no tienen el deber de motivación haciendo implausible poder determinar cuándo y cómo han reaccionado ante un determinado testimonio.

En suma, las causas no-jurídicas se pueden, a su vez, subclasificar en 1) epistémicas, que dicen razón a la falibilidad de los sentidos y percepción de los hechos del mundo, 2) relativas a la memoria, la dificultad latente de cualquier persona de evocar recuerdos precisos sobre determinados hechos y 3) prejuicios, los distintos prejuicios que afectan a las personas las cuales son fruto de su experiencia.

Todas estas causas son predicables a la generalidad de las personas y en la generalidad de contextos en los que se pueden encontrar. No son exclusivos de un litigio, pero sin embargo, tienen un impacto considerable en dicha práctica.

2.2. Causas Jurídicas: la actividad del abogado litigante y las “reglas del juego”

El rol que juega el abogado una vez comenzado el litigio¹² es un impedimento para la tarea del juez de “averiguar los hechos” que se alegan en éste. Esta mirada interna del proceso, es decir, el abogado comportándose según las reglas previstas para el litigio, permite reforzar el escepticismo ante los hechos propuesto por Frank, en la medida en que estamos ante permisiones que el sistema prevé específicamente para interferir en el proceso decisorio del juez.

Las distintas técnicas de defensa utilizadas por los abogados en un juicio no aportan a la posibilidad de determinar objetivamente los hechos discutidos en el litigio. Los factores enunciados son relativos al litigio y no pueden predicarse del común de las relaciones humanas. Estas técnicas frecuentemente “*bloquearan el descubrimiento de evidencia importante o conducirán la declaración de un testigo clave en forma tal que ésta se presente distorsionada*” (Frank, 1949: 81).

Los testigos que respaldan una hipótesis determinada son sujetos a desacreditar por el abogado contrario. Minar la credibilidad de los testigos es considerado uno de los deberes del abogado que representa a la contraparte. Para esto hay diversas técnicas a los cuales los abogados litigantes recurren.

El “...propósito de estas técnicas – usualmente efectivas- es prevenir que el jurado o el juez de primera instancia pueda evaluar correctamente la credibilidad del testigo y así excluir prueba qué en otras circunstancias el juez de primera instancia hubiese debido analizar y valorar en orden de aproximarse a la verdad.

En suma, el abogado apunta hacia la victoria, a ganar la pelea, no va a ayudar al juez de primera instancia a determinar los hechos (...) si esto significa afectar los intereses de su cliente. El modelo adversarial es el equivalente a arrojar pimiento en los ojos de un cirujano cuando éste está llevando a cabo una operación” (Frank, 1949: 85).

Ahora bien, es considerado como institucional en la medida en que estas prácticas se encuentran amparadas por un conjunto de reglas procesales que sostienen y regulan el denominado modelo adversarial de resolución de conflictos¹³.

2.3. Causas mixtas: actuaciones en contexto

Una tercera clasificación se puede denominar como aquellas relativas al contexto, o “causa contextual”. Es un paso intermedio entre una actividad diaria y

¹² Frank analizó los impedimentos generados dentro del proceso judicial desde el punto de vista del modelo adversarial (Frank, 1949: 80 y ss).

¹³ Para una cuenta general sobre las dificultades que en el modelo contrario al adversarial (*i.e.*, modelo inquisitivo) para la determinación de los hechos, ver: Damaska (1975).

común en la vida de las personas pero dentro de un contexto del juicio y los efectos que estos producen en los participantes del litigio. Actividades tales como: relatar una situación determinada a un grupo determinado de personas, están afectos a un desempeño diverso dependiendo del contexto en el cual se realice.

Así, si este relato se realiza en el contexto de un juicio, frente a un juez y un jurado, donde la persona estará siendo interrogado por abogados qué, en el caso de la defensa, buscan desacreditar cada uno de sus dichos, y, con la amenaza palpable de sanción para el caso en que se considere que su testimonio es susceptible de ser calificado como perjurio, es posible que el estado mental del testigo no se encuentre lo suficientemente apto para otorgar un relato completo y fiel de los hechos discutidos en juicio.

Este contexto afecta la calidad de la información recibida por el juez (o el jurado) y en tal sentido, si bien están íntimamente unidos con las causas psicológicas, las causas contextuales pueden predicarse como una categoría separada en la medida en que es justamente el factor relevante es el “ambiente” al cual está sometido el testigo que impide un testimonio claro y completo.

Todos estos factores impiden una “correcta” averiguación de los hechos. Vale decir, el valor de verdad de los hechos declarados como probados en juicio se relativiza a tal punto que se hace extremadamente difícil sostener que éstos corresponden a hechos acaecidos realmente.

3. Dos perspectivas en diálogo: El abogado y el Juez

Así expuesto, el escepticismo ante los hechos puede ser entendido de dos formas dependiendo del enfoque que se adopte¹⁴. Estos enfoques pueden ser, al menos, dos: desde el punto de vista del abogado y desde el punto de vista del juez (*i.e.*, del proceso judicial).

Desde la perspectiva del abogado, el escepticismo ante los hechos puede entenderse como una tesis sobre el escepticismo ante las predicciones de las decisiones judiciales (Cfr. Frank, 2001: 130 y 131). Cuando el abogado asesora a su cliente, lo que está haciendo es vaticinar las consecuencias jurídicas que los actos de una persona (*i.e.*, cliente) traerán aparejadas con el fin de que ésta pueda planificar cómo habrá de actuar a futuro (Cfr. Frank, 1930: 50-51). Como las consecuencias jurídicas (*i.e.*, derechos y obligaciones jurídicas) sólo pueden emanar de la decisión de un juez, la tarea del abogado se traduce en predecir qué es lo que éste decidirá para el caso en que haya que enfrentar un juicio en razón de las actuaciones de su cliente (Cfr. Frank, 1931). Para Frank

“... en la gran mayoría de los pleitos los abogados no tienen la menor dificultad en anticipar qué normas jurídicas aplicarán los tribunales, desde que la mayoría de estas normas son precisas y bien asentadas, y ni las partes ni los jueces se molestan por ellas, porque los únicos problemas son problemas de hecho, tales como si Ding estaba conduciendo su automóvil a 80 millas por hora cuando atropelló a Dong (...) la mayoría de los pleitos son ‘pleitos sobre los hechos’ pleitos en que las decisiones dependen solamente de las creencias de los jueces de primera instancia o de los jurados sobre acontecimientos pasados acerca de cuya ocurrencia se disputa...” (Frank, 2001: 37).

¹⁴ Si bien desarrollar cada una de estas visiones excede de los propósitos de este trabajo, creo necesario presentar las ideas centrales de cada punto de vista con el fin de establecer, al menos, las bases para un futuro desarrollo de cada postura.

En este sentido “... *la predicción de la mayoría de las sentencias significa la predicción de las creencias de los tribunales de primera instancia acerca de los hechos*” (Frank, 2001: 39). De este modo

“¿qué sucedería si existiera incertezza sobre la posibilidad de determinar los hechos en un juicio? Si la decisión es, presuntamente, el producto de R y F, entonces la D también será incierta. No importa que tan ciertas sean las normas jurídicas, la decisión seguirá siendo dependiente de la averiguación de los hechos llevado por el tribunal. Si hay duda sobre qué es lo que puede, en una demanda, encontrar el tribunal en relación a los hechos, entonces igualmente hay incertezza, para quien predice, sobre la decisión que se adoptará...” (Frank, 1949: 15).

El escepticismo ante los hechos, desde el punto de vista del abogado, es una cuenta sobre la imposibilidad de predecir el derecho debido a la imposibilidad de predecir cuáles serán las decisiones sobre los hechos que el juez (o el jurado) adoptará¹⁵.

Desde el punto de vista del juez (*i.e.*, órgano a cargo en el proceso judicial de declarar qué hechos han sido probados por las partes) el escepticismo ante los hechos es una tesis sobre el escepticismo de la epistemología jurídica¹⁶, vale decir, sobre la posibilidad de alcanzar la verdad de los hechos alegados dentro de un proceso judicial.

Los impedimentos a los cuales se encuentra sujeto un proceso afectan de forma importante la “correcta” averiguación de los hechos. De especial relevancia son aquellas “causas jurídicas”, puesto que suponen una actitud activa que derechamente busca afectar el correcto conocimiento de los hechos litigiosos. De este modo, en un proceso judicial, el valor de verdad de los hechos declarados como probados en juicio se relativiza a tal punto que se hace extremadamente difícil sostener que éstos corresponden a hechos acaecidos realmente.

Frank señala que en razón de estos factores, los hechos probados en juicio son las impresiones que el juez (o el jurado) tiene con respecto a las, a su vez, impresiones sobre la declaración de los testigos rendidas en juicio (Cfr. Frank, 1930: 118), es decir, el juez (o el jurado) son, a su vez, testigos de los testigos.

Dichas impresiones no son el resultado de los límites que la mente humana tiene para conocer el mundo sino que además es el mismo derecho (*i.e.*, proceso judicial) el cual prevé reglas que alejan la posibilidad de determinar objetivamente los hechos en un juicio. El actuar de los abogados en el litigio es, sin duda, un factor que disminuye la averiguación de los hechos en juicio y en este sentido a su vez fortalece la actitud de escepticismo ante los hechos.

La alegoría de la “pimienta en los ojos del cirujano” de la que Frank nos hablaba se hace más clara cuando entendemos que el proceso adversarial acoge, prevé y permite que las partes puedan realizar actuaciones que derechamente afecten la posibilidad de que los hechos declarados como probados por el Juez se correspondan con su acaecimiento en la realidad.

¹⁵ Esta afirmación debe ser matizada, de forma general no es posible predecir el derecho. Sin embargo, si sería posible predecir el comportamiento de un juez determinado. Si éste demuestra con sus decisiones judiciales que ante estímulos similares adopta una respuesta similar de forma sostenida en el tiempo pareciera ser que es posible predecir, de forma más o menos certera, cómo habrá de fallar ese juez determinado.

¹⁶ Ver en este sentido, ver: Laudan (2006).

Aun si se distingue entre la finalidad del proceso y la finalidad de las partes (Cfr. Ferrer, 2002: 33), es decir, los motivos de los litigantes son independientes y no incidirían en la supuesta finalidad del proceso en alcanzar la verdad, cabe preguntarse, ¿es posible sostener esta distinción cuando es el mismo proceso el que permite actuaciones que obstaculizan la supuesta tarea de averiguación de la verdad que el proceso impone a los jueces?

Parece difícil mantener que el proceso está orientado a conocer la verdad de los hechos cuando es el mismo proceso el que regula y permite a los abogados utilizar estrategias y tácticas que impiden o que sesguen la información rendida en un juicio. De este modo

“...el escepticismo de Frank no recae propiamente sobre (la existencia de) los hechos reales, ni siquiera sobre la posibilidad racional de conocerlos, sino sobre (la formación de) los hechos forenses. Es decir, no cuestiona los hechos –entendidos éstos como sucesos fácticos acaecidos en el nivel de la realidad empírica y cuyo adecuado conocimiento constituye el objetivo de la actividad cognitiva racional– sino los enunciados que, relativos a aquellos acontecimientos o fragmentos de la realidad, son construidos en el marco del proceso y que finalmente conforman la premisa fáctica del razonamiento judicial...” (Solar, 2005: 225).

4. Comentarios finales

Frank ha expandido el objeto de estudio de la teoría del derecho. Ya no solamente se agota en el estudio de las normas jurídicas sino que además ha alcanzado el examen de los hechos y por ende la prueba jurídica. También ha expandido el universo de información para los estudiosos del derecho haciendo un llamado a estudiar no tan sólo las decisiones provenientes de las cortes superiores (el cual supone un porcentaje mínimo del universo de casos litigados) sino que, además, en orden de tener una comprensión de cómo funciona la administración de justicia de una comunidad determinada, se debe estudiar las decisiones de los tribunales ordinarios (*trial courts*)¹⁷.

Frank fue un adelantado a su tiempo. Postular que el foco de estudio debe ser el trabajo de los tribunales de primera instancia en desmedro de las cortes superiores ha tenido reflejo (quizás inconscientemente) tanto en las reformas procesales modernas de los sistemas jurídicos como también en el debate intelectual en el ámbito de derecho probatorio.

Sólo a modo de ejemplo, en Chile, desde la reforma del proceso penal en el año dos mil, todos los cambios a los códigos procesales han partido por la modificación del sistema de valoración de la prueba. De este modo, se han enfocado en los hechos, entendidos como objeto central del litigio, y en el trabajo de los tribunales ordinarios. Si algo nos ha demostrado la historia, es que la evolución de los sistemas jurídicos silenciosamente ha apuntado a donde Frank nos ha pedido que dirijamos la mirada.

Bibliografía

FERRER, J. (2002), *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.

¹⁷ En este sentido Frank ha contribuido a atenuar una de las principales críticas al realismo jurídico estadounidense. El conocido “*selection effect*”, el cual en líneas generales señala de que el objeto de estudio de los realistas (i.e., las decisiones sobre litigios que las cortes superiores adoptan) no representa al derecho en cuanto sistema sino que sólo a una pequeña parte de éste (i.e., las discusiones sobre normas jurídicas en casos apelados) dejando afuera los casos no apelados y los casos que se resuelven sin la necesidad de un litigio. Ver: Schauer (2013: 758).

- FERRER, J. y RATTI, G. (eds.) (2011), *El Realismo Jurídico Genovés*, Marcial Pons, Madrid.
- FRANK, J. (1930), *Law and the Modern Mind*, 6th edition, Transaction Publishers, Londres, 2007.
- FRANK, J. (1931), "Are Judges Human? Part two: As Through a Glass Darkly", *University of Pennsylvania Law Review and American Register*, pp. 233-267.
- FRANK, J. (1948), "Cardozo and the Upper-Court Myth", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 13, núm. 2, pp. 369-390.
- FRANK, J. (1949), *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, New Jersey.
- FRANK, J. (2001) *Derecho e Incertidumbre*, Editorial Fontamara, México.
- DAMASKA, M. (1975), "Presentation of Evidence and Fact Finding Precision", *Pennsylvania Law Review*, núm. 123, pp. 1083-1106.
- GREEN, M. (2005), "Legal Realism as Theory of Law", *William and Mary Law Review*, Vol. 46, Issue 6, pp. 1915-2000.
- HULL, N.E. (1989), "Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to Llewellyn-Pound Exchange Over Legal Realism", *Duke Law Journal*, pp. 1302-1333.
- LAUDAN, L. (2006) *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LEITER, B. (1997), "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", *Texas Law Review*, Vol. 76, Issue 2, pp. 267-315.
- LEITER, B. (2013), "Legal Realism: Old and New", *Valparaíso Law Review*, Vol. 47, núm. 4, pp. 67-81.
- LLEWELLYN, K. (1931), "Some Realism about Realism, A Reply to Dean Pound", *Harvard Law Review*, Vol. 44, núm 8, pp. 1222-1264.
- MINDUS, P. (2009), *A real mind: The Life and Work of Axel Hägerstrom*, Springer, Londres.
- NINO, C. (2013), *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Buenos Aires.
- SCHAUER, F. (2013) "Legal Realism Untamed", *Texas Law Review*, Vol. 91, pp. 749-780.
- SOLAR, J. (2005), *El Realismo Jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- TAMANAHA, B. (2009) "Understanding Legal Realism", *Texas Law Review*, Vol. 87, pp. 731-785.
- TAMANAHA, B. (2010), *Beyond the Formalist-Realist Divide: The role of politics in judging*, Princeton University Press, Reino Unido.
- TWINNING, W. (2006), *Rethinking Evidence: Exploratory essays*, Cambridge University Press, Cambridge.

JEROME FRANK: “LOS HECHOS SON CONJETURAS”¹⁸

1

Cuando se analiza una norma jurídica estamos examinando una oración condicional que se refiere a hechos. Su formulación será algo similar a: “si tal y tal hecho existen, entonces tal o cual consecuencia jurídica debe ocurrir.” Puede decir, por ejemplo: “si un fideicomisario, en beneficio propio, utiliza dinero de su fideicomiso, debe reponerlo”, o, “si un hombre, sin provocación alguna, mata a otro, éste debe ser castigado”¹⁹.

En otras palabras, una norma jurídica expresa que (si corresponde) un tribunal debe imputar consecuencias jurídicas a hechos sólo si estos hechos existen o han ocurrido. A esto llamo la “tesis convencional”: la descripción de un proceso decisorio en el cual los tribunales aplican normas jurídicas a los hechos contenidos en la demanda²⁰.

La tesis convencional sobre cómo deciden los tribunales, puede ser reducida a la siguiente fórmula: $RxF=D$. Donde “ R ” es la norma jurídica, “ F ” los hechos y “ D ” la decisión del tribunal²¹.

De acuerdo a la tesis convencional, una decisión es un producto de una “ R ” y un “ F ”. En teoría si usted, ante una demanda, está en condiciones de conocer las “ R ” y las “ F ” también debería estar en condiciones de conocer la “ D ”²².

En una sociedad simple (en oposición a compleja) y estable la mayoría de las R se encuentran, moderadamente, bien asentadas. Saber, por adelantado, qué norma jurídica va a aplicar esa comunidad no es una tarea difícil para sus miembros –o, al menos, para los abogados y funcionarios de los tribunales-. En dicha sociedad, la R –en cuanto uno de los dos factores de la ecuación $RxF=D$ - es, generalmente, predecible.

Sin embargo, en nuestra sociedad, moderna y compleja, afecta a rápidos cambios en la vida de sus integrantes, muchas de las R se han vuelto inestables y difíciles de predecir. De este modo, la incertidumbre jurídica (incertidumbre sobre el futuro de las decisiones y por tanto de los derechos jurídicos) es generalmente adscrita a la imprevisibilidad de “ R ”.

La multiplicidad de normas, sus conflictos y la flexibilidad de su significado, le han quitado el sueño a la mayoría de los estudiosos del derecho. Aquéllos pensadores, percibiendo la ausencia de rigidez en el significado de algunas normas,

¹⁸ Título original: “*Facts are Guesses*”. Texto original en: *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (1949), 3rd re impression 1973, Princeton University Press, New Jersey, pp. 14-36.

¹⁹ Utilizo las palabras “pareciera decir” por razones que explicaré más adelante.

²⁰ Me refiero a las llamadas normas “sustantivas”, las cuales afirman que ciertas conductas tipo “fuera-del tribunal” podrían, en un juicio, ser objeto de ciertas consecuencias. Existe otros tipos de normas, normas de “procedimiento” las cuales se identifican con la manera de como un juicio debe comenzar y tramitarse. Discutiré sobre estas normas luego. Por el momento es suficiente decir que las cortes superiores, en las apelaciones, tratan no solamente con normas “sustantivas”, sino que se enfocan, además, en la supervisión de que los tribunales ordinarios no se aparten de dichas normas de “procedimiento”.

²¹ Nota del traductor (en adelante N. del. T): Utilizo la formula literal presentada por Frank en su texto. $R = Rules$, $F = Facts$, $D = Decision$.

²² En 1932 ya sugerí esta la formula $RxF=D$ que representa la teoría convencional sobre el proceso decisional. Ver Frank, “What Courts Do in Fact”, 26 Ill. L.Rev, pp. 645, 761. Ver también, Frank, *If Men Were Angels*, pp. 77-78, 269-271.

han asumido que la certidumbre/incertidumbre de las *D*, en la ecuación $RxF=D$, proviene, principalmente, de la certeza/incerteza de *R*.

Dicha asunción ha llevado tanto a graves incomprensiones del trabajo de los tribunales como además al abandono, de parte de los dogmáticos del derecho, del análisis de la función, quizás, más compleja que éstos deben llevar a cabo. Me refiero a la tarea que tienen los tribunales respecto al otro factor de la ecuación $RxF=D$, la *F*, es decir, los hechos.

Los tribunales deben determinar los hechos en disputa que originan las demandas, o lo que es lo mismo, se debe determinar los hechos actuales y objetivos alegados por las partes y así averiguar qué fue lo que éstos hicieron o no hicieron, previo al litigio, y con el fin de determinar si su actuar fue conforme o contrario a derecho.

Ahora bien, ¿qué sucedería si existiera incerteza sobre la posibilidad de determinar los hechos en un juicio? Si la decisión es, presuntamente, el producto de *R* y *F*, entonces la *D* también será incierta. No importa que tan ciertas sean las normas jurídicas, la decisión seguirá siendo dependiente de la averiguación de los hechos llevado por el tribunal. Si hay duda sobre qué es lo que puede, en una demanda, encontrar el tribunal en relación a los hechos, entonces igualmente hay incerteza, para quien predice, sobre la decisión que se adoptará.

Analicemos el caso entre el señor Sensible y su abogado²³. Supongamos que el abogado conoce la *R* que será aplicada en su caso y el conocimiento de esta norma es tan cierto y preciso como un logaritmo.

Sin embargo y a pesar de esta certidumbre, ¿cómo puede un abogado en 1946 adivinar que habrá una determinada *D* en 1950, a menos que conozca también los *F* que, en 1950, el juez (o jurado) va a utilizar en la fórmula $RxF=D$?

¿Qué es *F*? ¿Acaso es lo que, realmente, pasó entre el señor Sensible y el señor Smart? Responderé a esto con un no rotundo. Los hechos en el mejor de los casos serán sólo la creencia que el juez –o el jurado– tenga sobre lo que ha pasado.

Por supuesto, lo que el juez crea (o no) sobre los hechos litigiosos puede estar completamente errado. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, la corrección o incorrección de esa creencia es irrelevante. Al sistema sólo le importa que el juez haya creído en dichos hechos, nada más. Las acciones llevadas a cabo por el señor Smart y el señor Sensible no tienen importancia. Estos son hechos pasados y en cuanto tales no tienen cabida en un juicio.

El tribunal sólo adquiere una suerte de conocimiento sobre el posible acaecimiento de estos hechos por medio de las falibles declaraciones de los testigos. De este modo, el tribunal, debe hacer conjeturas sobre el acaecimiento de dichos hechos basado únicamente, o al menos mayormente, en el testimonio de los testigos presentados por las partes.

Desde un punto de vista jurídico, los hechos consisten en las reacciones del juez (o jurado) a los testimonios presentados en audiencia. Los *F* son sólo suposiciones sobre hechos discutidos en el juicio. Por este motivo es que no puede haber certeza sobre si las conjeturas del juez coinciden o no con los *F* reales.

²³ N. del. T.: En capítulos anteriores del libro, Frank propone un caso imaginario entre Mr. Sensible y Mr. Smart.

Lo dicho anteriormente no tiene aplicación cuando las partes en un litigio no controvieren los hechos. Es decir, cuando la disputa sólo recae en la *R*. Siguiendo con el caso, si el señor Smart consiente los hechos alegados por Sensible, entonces la única pregunta es si la *R* que Sensible alega, es la que se habrá de aplicar al caso.

En estos casos, el abogado, como especialista en *Rs*, es frecuentemente un excelente predictor de la futura decisión que el tribunal adoptará.

Debido a que usualmente la *R* aplicable al caso está determinada y por ende somos capaces de conocer las consecuencias jurídicas que el tribunal imputará a los hechos alegados, un abogado, más o menos competente, puede predecir la decisión del tribunal con respecto a qué norma aplicará.

Pero generalmente cuando las personas “*go to law*”²⁴, la ocurrencia de los hechos alegados es cuestionada por las partes y, en este sentido, las declaraciones vertidas por los testigos de cada litigante entran, también, en conflicto. A los casos que presentan esta característica los denominaré “casos controvertidos”.

La predicción que hace el abogado de la decisión que el tribunal adoptará sobre un futuro caso controvertido no está sujeta a ningún parámetro de certeza y es por tanto un ejercicio de adivinación pura. Porque cuando existen preguntas sobre la credibilidad de un testigo –sobre el nivel de confianza de su testimonio– entonces, inevitablemente, el juez o jurado debe conjeturar sobre los hechos alegados en juicio.²⁵

La tarea del abogado es adivinar las conjeturas del juez o el jurado. La incertidumbre sobre los derechos jurídicos está atada a la corrección o incorrección de las conjeturas de los abogados.

2

Quiero desarrollar este punto de forma más profunda. Cuando el señor Smart y el señor Sensible suscribieron el contrato (año 1946), ninguna disputa o problema había entre ellos. En este caso, el rol del abogado es adivinar cuáles serán las posibles acciones jurídicamente relevantes que Smart y Sensible realizarán en el intervalo existente entre 1946 y la fecha de la posible y futura demanda. Es patente que la contingencia hace de la tarea del abogado una muy difícil.

Sin embargo, supongamos que, en 1948, Sensible acude a su abogado para informarle que un conflicto con Smart ha tenido lugar. Lo anterior supone que los hechos que configuran el conflicto ya han acaecido y por ende son hechos pasados. Quizás, a usted le puede parecer que si el cliente, Sensible, informa de forma completa y precisa a su abogado sobre todos estos hechos, éste último podrá asesorar a su cliente expresándole qué es lo que el tribunal va a decidir para el caso de que la disputa llegue a juicio. Siento decir que usted está equivocado. El abogado aún debe lidiar con una serie de factores caprichosos, incontrolables y elusivos que pueden afectar cualquier predicción que éste pueda elaborar. Los

²⁴ N. del T.: La expresión “*go to law*” utilizada por Frank es un juego de palabras con respecto a la frase “*go to war*.” Para Frank, los litigios son un reemplazo racional a las peleas o “guerras” entre las partes.

²⁵ Donde el testimonio oral consista solamente en un testigo no controvertido, algunos tribunales, en ausencia de circunstancias inusuales (tales como que el testigo tenga un “interés” en el resultado del juicio, o que su testimonio sea de aquéllos que consideremos como improbables), sostienen que el jurado debe considerar el testimonio rendido como verdadero. Sin embargo, no es claro si todos los tribunales sostienen una postura similar.

juicios generalmente están llenos de sorpresas, la contraparte puede introducir un testimonio imprevisto, los testigos, en los cuales el abogado confió, pueden cambiar su versión de los hechos cuando se suben al estrado. En definitiva, los hechos que el abogado conocía antes del juicio, de la forma en que lo relataron su cliente y los testigos, frecuentemente no se parecen a los discutidos en el juicio.

Pero quizás usted crea que el juez o el jurado puedan alcanzar y conocer la verdad de los hechos. Si es así, usted está adoptando un axioma, implícito en la teoría convencional de como los jueces deciden los casos, al que llamaré: “el axioma de la verdad saldrá a la luz”.

Sin embargo, usualmente ese “axioma” no se conforma con la realidad. Pensemos en lo siguiente: cuando un testigo declara ¿qué es lo que de verdad está haciendo? Está reportando sus recuerdos actuales de algo que percibió en el pasado, algo que vio o escuchó. Sin embargo, la declaración puede contener errores, lamentablemente un testigo no es una fotografía o un disco que pueda informarnos de manera exacta y completa sobre hechos pasados.

Ahora bien, supongamos, además, que el testigo es completamente honesto. Aun así, fíjese en estas posibles fuentes de error²⁶:

1) El testigo puede haber percibido de forma equivocada los hechos al tiempo de su acontecimiento. Hasta el más simple de los psicólogos sabe lo falible que es la observación y que lo que un hombre cree que ha observado puede no estar acorde con lo que pasó realmente. La capacidad de percepción humana es altamente falible. Está afectada por defectos de visión, audición, incluso por el estado emocional o psicológico del observador, además de sus nociones preconcebidas. Las “Personas”, dicen los tribunales, “usualmente creen ver lo que no han visto... malinterpretan lo que han escuchado”. Como cientos de experimentos han demostrado, dos observadores de un mismo evento frecuentemente discrepan sobre éste.

2) Pero supongamos que un testigo no se ha equivocado en percibir un evento. Sin embargo, aún no estamos a salvo de un testimonio sin equivocaciones puesto que el testigo puede haber recordado los sucesos de forma errada.

Es notoria la naturaleza defectuosa y subjetiva de la memoria humana. Muchos testigos tienen una memoria muy imaginativa. No es raro que los tribunales sostengan que “una persona consciente, al tratar de narrar una transacción, que existe en su memoria de forma fragmentada, va, en su esfuerzo por hacer una reproducción que parezca completa y natural, sustituir hechos por imaginación, o fabricar hechos en los segmentos olvidados”.

Paton escribe “(c)uando un testigo expresa una frase simple –‘el acusado es el hombre que iba manejando el auto después del robo’– lo que realmente está haciendo es una aserción sobre: a) que ha observado un auto; b) que esa impresión se ha quedado plasmada en su mente; c) que esa impresión no ha sido objeto de confusión u olvido; d) que el parecido entre la impresión original y el acusado es base suficiente para juzgar no su parecido sino que la identidad de éste.

Sin embargo, investigaciones científicas sobre la naturaleza del ojo ha demostrado cuan fácil es que la visión pueda estar equivocada; a esta dificultad se

²⁶ Ver, por ejemplo, Wigmore, *Principles of Judicial Proof* (1913); Gross, *Criminal Investigation* (1907); Frank, *Law and the Modern Mind* (1930: 106-109).

le suma la memoria falible y una percepción defectuosa. Borchard, discutiendo sobre casos de error en juicios penales, señala que gran cantidad de esos errores son consecuencia de un proceso de identificación defectuoso y que en ocho de esos casos no existía el más mínimo parecido entre el criminal real y la persona que fue falsamente condenada.”²⁷

3) Ahora llegamos a la etapa donde el testigo reporta al tribunal su recuerdo actual de sus percepciones originales. Aquí, una vez más, el error puede aparecer. El testigo honesto, debido a un gran número de causas, puede inadvertidamente formular mal sus recuerdos y contar su historia de forma inexacta. Ram, escribiendo sobre los testigos, nota que “ocasionalmente le ocurre a todas las personas utilizar una palabra en vez de otra, dándole un sentido muy distinto a la frase original; inconscientemente decimos lo que no queríamos decir...”.

Sir William Eggleston, un remarcable abogado, ahora embajador australiano para su país, expresa la siguiente opinión: “no se puede esperar de ningún testigo que esté más de un 50% en lo correcto, aun cuando sea perfectamente honesto y libre de cualquier preconcepción”. Por otra parte, Gross dice que “en orden de conocer lo que otra persona ha visto y aprehendido, debemos antes que todo saber lo que piensa – y eso es imposible. Si sabemos, de forma a lo menos aproximada, el tipo de proceso mental de una persona similar en sexo, edad, cultura, experiencia y situación, nos vamos alejando a medida que vayan apareciendo diferencias (...) Supongamos que en algún caso, mucha gente de diversos grados educacionales e inteligencia han hecho una observación. Supongamos además, que todo lo que quieren hacer es decir la verdad. Sus testimonios, sin embargo, pueden ser muy distintos unos de otros”.

Hasta el momento, me he referido a la declaración de un testigo honesto y sin prejuicios que pudiesen afectar su testimonio. Pero lo cierto es que muchos testigos son lejanos a esta realidad. Algunos derechamente son mentirosos. Aún si dejamos de lado aquellos que cometen perjurio, hay incontables testigos parciales, cuyas narrativas, aunque honestas, están afectadas marcadamente por sus prejuicios con respecto a alguna de las partes en litigio.

Decisiones de tribunal han dicho que un testigo parcial por considerar que un litigante, al que le tiene simpatía, ha sido agraviado, “inocentemente podrá recordar hechos que nunca han ocurrido u olvidar instancias importantes que han acaecido...”.

En ese sentido Wellman escribe, “quizás la más sutil y prolífica de estas ‘falacias del testimonio’ tiene su origen en esta inconsciente parcialidad. Es raro encontrarse con un testigo cándido y justo que pueda testificar de forma honesta y en favor de ambos litigantes (...) Los testigos usualmente se sienten más o menos respaldados por la confianza que es puesta en ellos por la parte que los presenta en el juicio, es parte de la naturaleza humana probar que ellos son dignos de su confianza”. Miller, otro experimentado abogado litigante, dice: “(c)uando una persona desinteresada es llamada a testificar sobre una versión del caso, sus simpatías y deseos naturalmente se involucran con las de las personas a las cuales su testimonio respalda; y cuando éste descubre qué cosas el litigante desea probar, el testigo, especialmente si dichos eventos han ocurrido en un tiempo distante, estará dispuesto, inconscientemente, a ‘colorear’ los hechos y a veces recuerda cosas que no ha percibido; más aún, y esto es más. Frecuente, el testigo mal interpreta, inocentemente, hechos que sí ha percibido (...) Los hechos declarados

²⁷ Paton, Jurisprudence (1946: 457).

en el juicio se originan no de una falsificación deliberada sino del deseo del testigo de ser un elemento importante en el caso.”

Siguiendo a Moore, “el mentiroso... es bastante menos peligroso que el testigo honesto que se equivoca por haber declarado sobre elementos extraídos de su imaginación”. Es difícil “determinar en el caso de un testigo con intenciones honestas cuánto de la evidencia debe ser descartada por poco confiable, y cuánto debe ser aceptada como verdadera (...) Nada es más engañoso que una verdad a medias, y los testigos parciales son adictos tanto a las verdades a medias como a ‘colorear’ los hechos (...) Estos testigos son más peligrosos que aquellos que descaradamente cometan perjurio”.

Hay una historia sobre un juez que, después de oír el testimonio y los argumentos de los abogados, anunció: “Caballeros, si Humphrey, el occiso, ha dicho –a la luz de estas decisiones de Missouri– ‘hija, si vienes y te quedas a vivir conmigo, te daré esta casa,’ entonces decidiré en favor del demandante. Ahora, ¿dónde está ese testimonio?” Desafortunadamente, el actuario no consignó dicha declaración en el acta. El juez preguntó impacientemente si la testigo principal, la ama de llaves del demandante, estaba presente, y, cuando supo que ésta se encontraba en el tribunal la mandó a llamar y le pidió que se subiera al estrado a repetir su declaración. Esto es lo que ella dijo: ‘Recuerdo bastante bien lo que ocurrió. Fue una noche fría y tormentosa. Estábamos todos sentados alrededor del fuego. El viejo señor Humphrey le dijo a la señora Quinn, ‘a la luz de las decisiones de Missouri, hija, si tú te vienes a vivir conmigo, te daré esta casa’’. Este es un ejemplo, un tanto extremo, de cómo los testigos pueden, para favorecer a una parte, inventar recuerdos que son parciales y favorables al, en este caso, demandante. Sin embargo, hay cientos de casos en donde estos tipos de recuerdos y testimonios son creídos.

El axioma o la asunción que, en todos o al menos en la mayoría de los juicios, la verdad saldrá a la luz, ignora, tanto los diversos factores subjetivos que le aquejan al testigo, como también la contingencia y el azar. Tampoco toma en cuenta factores como el prejuicio y la parcialidad del testigo y del juez o jurado; ignora las falsas impresiones dejadas en estos últimos por aquél testigo honesto que, sin embargo, parece poco confiable por tener un comportamiento asustadizo en el estrado o porque es irascible, escrupuloso o dado a la exageración. Ignora al testigo equivocado que testifica, convencido y de forma honesta, que ha recordado hechos o conversaciones que ocurrieron de forma bastante distinta a las narradas en su testimonio. Ignora, también, el testigo desaparecido o muerto cuyo testimonio ausente podría haber contenido hechos cruciales y que no fueron parte del proceso o que no pudieron servir para contradecir a un testigo contrario. Finalmente ignora la carta, recibo, cheque perdido o destruido.

Tampoco es verdad que los tribunales pueden detectar las mentiras o errores en un testimonio. Esto es más claro aún en un juicio con jurado. Juristas experimentados creen que, de todas las formas posibles por las cuales se puedan detectar la verdad o falsedad de un testimonio, la más defectuosa es un juicio con jurado²⁸.

Los jueces, también, en juicios sin jurado, usualmente se equivocan en la averiguación de los hechos verdaderos en un caso controvertido. En parte es por nuestra defectuosa manera de tratar los casos la cual imposibilita al juez una correcta determinación de los hechos litigiosos. Pero aun con el mejor sistema que

²⁸ Volveré sobre este punto en los capítulos VIII y IX.

pudiésemos formular, no existiría forma de asegurar que el juez pueda conocer de forma infalible qué testigos están reportando de forma precisa los hechos del juicio y cuáles no. Todavía no tenemos ningún detector de mentiras universalmente aceptado como confiable por los psicólogos para ser utilizado por los jueces en juicio²⁹. Pero, incluso un detector de mentiras perfecto, no se podría arrojar luz sobre la percepción original del testigo de los hechos sobre los cuales testifica, y probablemente no pueda develar, tampoco, los errores producto de sus prejuicios inconscientes³⁰.

En ausencia de mecanismos de detección de testimonios equivocados, los tribunales deben recurrir a la técnica del uso del sentido común. Todos nosotros sabemos que, en la vida diaria, la forma en la que un hombre se comporta cuando cuenta una historia –su entonación, compostura, el movimiento de sus ojos, su actitud (confiable o evasiva) que proyecta– puede proporcionar valiosas pistas sobre su confiabilidad. Tales pistas no son, en ningún caso, guías perfectas, pero, usualmente, son de mucha ayuda.

Muchos tribunales han sostenido que “la apariencia y el comportamiento de un testigo es, generalmente, un antídoto frente a lo que él testifica”. Siguiendo a Wigmore el “comportamiento de un testigo está siempre (...) en evidencia”.

Osborn ha explicado, de forma admirable, las razones para otorgarle peso al comportamiento de un testigo³¹: “Imaginemos que cada palabra hablada en un juicio ha sido escrita correctamente, y luego es leída de forma completa por el jurado, o leída al juez o al jurado.

Acaso hay alguien tan necio como para decir que es más difícil tomar una decisión equivocada en ausencia de un testigo declarando en vivo (...) Incluso el estenógrafo más hábil no podría poner por escrito todos los distintos matices que apelan a la convicción del jurado. Los testigos y los abogados hablan, pero no sólo con palabras. Mucho de estos oradores son elocuentes en otras formas, a veces en su detimento, otras a su favor. Sus caras y sus cambiantes expresiones pueden ser dibujos que prueben la verdad de ese antiguo refrán chino que dice: *una imagen vale más que mil palabras* (...) Inconscientemente todos decimos algo sobre nosotros mismos por medio de nuestras acciones y apariencias. Este lenguaje es necesario para que el jurado pueda interpretar (...) La tarea del jurado (...) es interpretar este lenguaje sin palabras, de la mejor forma posible, y distinguir la verdad de la falsedad (...) Una fase importante del estudio de este lenguaje sin palabras es, sin duda, el escrutinio de todo lo que tenga que ver con el orador que pueda indicar sinceridad o engaño. Los indicadores de esto último parecen ser falta de naturalidad, intranquilidad, nerviosismo, duda, simulación, ocultación y mentira, y los indicadores de lo primero parecen ser honestidad, naturalidad, franqueza, apertura, declaraciones provenientes de sus cualificaciones”. Si bien, Osborn escribió sobre el juicio con jurado, podemos, sin miedo a equivocarnos, señalar que esto también es aplicable al juicio sin jurado.

²⁹ Loewinger, 33 Minn. L. Rev. (1949) 455,485, elabora un listado de catorce “métodos psicométricos para detectar el engaño”: 1) El uso de escopolamina; 2) el uso de sodio amytol; 3) hipnosis; 4) medición de presión sistólica 5) medición de la respiración; 6) medición de reflejos galvánicos; 7) pruebas de asociación de palabras; 8) observación de reflejos pupilares; 9) medición del pulso; 10) grabación de movimiento ocular; 11) grabación de movimientos musculares inconscientes; 12) medición de palpitación cardiaca; 13) análisis químico de la sangre; 14) cambio en los patrones de ondas cerebrales.

³⁰ Ver, más adelante el capítulo XIV.

³¹ Osborn, *The Mind of the Juror* (1937: 86-98).

Teniendo en mente las consideraciones previas sobre las capacidades de observación de un testigo, debo ahora enfatizar un elemento en el proceso decisorio que, curiosamente, rara vez es considerado: los jueces y los jurados, al tratar de determinar los hechos por medio de los testigos, son a su vez testigos de lo que va ocurriendo en el tribunal. Ellos deben determinar los hechos del juicio basado en lo que han visto u oído: las palabras y las conductas de los testigos que han declarado en juicio. Ahora, como silenciosos testigos de los testigos, el juez y el jurado sufren de las mismas debilidades humanas que los testigos del caso. Ellos tampoco son máquinas fotográficas o discos. Si los testigos que declaran están: a) afectos a errores de percepción, b) sujetos a lapsus de memoria o errores imaginados y c) reconstrucción imaginaria de eventos que han observado, del mismo modo los jueces y jurados están sujetos a fallas en la forma de como recuerdan y aprehenden la información y comportamiento de los testigos que declararon en juicio³².

De este modo, en un juicio, los hechos como realmente ocurrieron pasan por un doble filtro, primero por los testigos, y segundo por aquéllos quienes deben “encontrar” dichos hechos. Las reacciones de un juez o del jurado al testimonio están permeadas de subjetividad. Luego, nos encontramos con subjetividad sobre subjetividad. En definitiva los hechos “encontrados” por el tribunal, y que a la postre son aquéllos declarados como ocurridos y por ende causantes de efectos jurídicos sobre los litigantes, son subjetivos.

Un ejemplo: cuando Jack Spratt, oficiando de testigo, declara sobre un hecho, sólo está exponiendo una creencia u opinión sobre un evento pasado. Cuando él dice “vi a McCarthy golpear a Schmidt,” lo que está diciendo es, “yo creo que eso fue lo que ha ocurrido”. Cuando un juez o un jurado, después de haber escuchado ese testimonio, determina como hecho que McCarthy golpeó a Schmidt, la determinación no significa otra cosa que la creencia del juez o el jurado de que, a su vez, la creencia del testigo Spratt es susceptible de ser calificada como honesta y que representa de forma precisa lo que ha ocurrido en la realidad. La determinación de los hechos llevada a cabo por un tribunal es, en el mejor de los casos, la creencia u opinión sobre, a su vez, la creencia u opinión de un tercero sobre el acaecimiento de ciertos hechos.

Este aspecto de juzgar parece haber confundido a Platón, quien trató de distinguir tajantemente entre “conocimiento” y “opinión”. “Cuando, los jueces están convencidos con justa razón sobre materias que sólo pueden ser conocidas si han sido testigo de éstas, pero han juzgado basados en reportes que contienen opiniones verdaderas sobre estos hechos, ellos juzgan sin conocimiento, y sin embargo, se encuentran correctamente persuadidos si juzgan bien (...) Y sin embargo, (...) si la opinión verdadera... y conocimiento son lo mismo, el juez perfecto no podría haber juzgado correctamente sin conocimiento; y por lo tanto debo inferir que estos no son lo mismo”³³. Jowett, comentando estos pasajes, escribe, “la corrección de tal opinión es puramente accidental (...) Platón podría haberlo hecho mejor tan sólo con decir que una ‘opinión verdadera’ es una contradicción en los términos”³⁴.

³² Suponga usted que un juez es tan sordo que él no puede oír lo que el testigo dice, o tan miope que no pueda ver las expresiones faciales u otros aspectos del comportamiento del testigo. Vea *State ex re. Shea v. Cocking*, 66 Mont. 169, 213, Pac. 594, con respecto a un juez ciego; *Rhodes v. State*, 128 Ind. 189, 27 N.E. 86 con respecto a un jurado con defectos en la visión.

³³ Platón, *Theaetetus*, pp. 201-202.

³⁴ 4 Jowett, *Dialogues of Plato* (1892: 151).

En este pasaje me introduciré en una cuestión importante, una que la mayoría de los legos no entienden, y que posiciona el juicio de los tribunales inferiores en el corazón de nuestro sistema judicial: un tribunal superior rara vez puede hacer algo para corregir una creencia errada sobre los hechos realizada por un tribunal inferior. Cuando, como sucede en la mayoría de los casos, el testimonio en un juicio fue oral, el tribunal superior usualmente se ve obligado a adoptar la determinación de los hechos que el tribunal inferior realizó. ¿Por qué? Porque en tales casos, a diferencia del tribunal superior, el tribunal inferior vio y escuchó al testigo mientras declaraba. El tribunal superior sólo tiene un acta de lo que se ha declarado, por esta razón, sólo el tribunal inferior está en condiciones de interpretar el comportamiento del testigo, el “lenguaje sin palabras”³⁵.

Un tribunal superior, utilizando la frase del juez Kenninsson, “tiene que operar en el vacío parcial de un documento impreso”. Siguiendo al juez Ulman: “una transcripción estenográfica fracasa en reproducir los matices de la voz y las dudas expresadas al hablar, gestos que usualmente le dan un significado contrario o distinto a las palabras que el testigo está declarando. El mejor y más preciso registro [de un testimonio oral] es como un durazno deshidratado; no tiene ni la sustancia ni el sabor que el durazno tenía antes de ser secado”. Ésta es la razón por qué, cuando un testimonio es presentado en un tribunal inferior, la corte superior, en razón de una apelación, acepta, en la mayoría de los casos, los hechos de la forma cómo fueron determinados por el tribunal inferior, si dicha determinación está apoyada por inferencias razonables obtenidas de la declaración de un testigo, aun cuando ésta contradiga declaraciones de otros testigos que también se subieron al estrado.

Ahora bien, considerando lo que ya sabemos sobre el proceso de determinación de los hechos que el tribunal inferior lleva a cabo (conjeturas sobre opiniones), lleva a confusión, que, como abogados, digamos que éstos “averiguan” los hechos. Los hechos establecidos por los tribunales inferiores no son “datos”, no es algo que es “dado”; no están esperando en algún lugar para ser encontrados o descubiertos por el tribunal.

Los hechos son procesados por el tribunal inferior y de alguna forma, son creados por éste, fundados en las reacciones subjetivas a las historias contadas por los testigos. La gran mayoría de los estudiosos del derecho se equivocan al no considerar esta subjetividad, porque, cuando piensan en las cortes, están pensando casi exclusivamente en los tribunales superiores y sus opiniones. En estas opiniones, los hechos están “dados” a las cortes superiores por los tribunales inferiores.

A estas alturas, debiese ser obvio que la descripción convencional del proceso decisional necesita ser modificada. Puesto que ésta implica que *F*, en la ecuación $RxF=D$, es un hecho objetivo –que puede ser llamado *OF*– por lo que, de acuerdo a la descripción convencional, la formula en principio sería $RxOF=D$. Sin embargo, como la *F* es subjetiva –por ende podríamos llamarla *SF*– la formula debiese ser reconstruida y por tanto presentada como: $RxSF=D$.

5

En este momento puedo sentir que más de algún abogado, leyendo este libro, está impaciente por responderme: “Sin duda, en los casos controvertidos la decisión recae en la creencia del juez o el jurado, pero también esa creencia puede

³⁵ Ver capítulo XV con respecto a las “películas con sonido” de los juicios.

estar errada. Las órdenes que emanan los tribunales pueden depender de las creencias del juez o del jurado. Pero los derechos jurídicos de un hombre son lo que son, incluso si un tribunal que tiene una creencia errónea sobre los hechos decide en contra”.

Esto lo niego. Niego que las palabras “derechos jurídicos”, de la forma como las ha utilizado mi crítico, tengan algún significado práctico. Si un tribunal decide que Smart no ha hecho ningún mal a Sensible, entonces Sensible no tiene ningún derecho jurídico sobre Smart: no en este planeta, no en esta vida.

Si un tribunal, después de escuchar las declaraciones contradictorias de los testigos, se equivoca sobre los hechos y decide en favor de Smart, y Sensible apela y pierde, no hay nada más que discutir sobre los derechos jurídicos de Sensible. En lo que a los tribunales respecta, los derechos de Sensible están supeditados a lo que éste pueda hacer para convencer al juez de que tiene que ordenar a Smart a comportarse una determinada manera o realizar una acción determinada.

Si Sensible gana la pelea en los tribunales, entonces tendrá derechos jurídicos; si pierde, no los tendrá. No hay terreno intermedio, no existe ningún purgatorio judicial.

Si Sensible pierde en los tribunales, es una tontería sostener que a pesar de eso él sigue teniendo derechos jurídicos sobre Smart, o que éste tiene una obligación jurídica para con él.

Por favor, nótese que no digo nada respecto a derechos morales. Las consideraciones morales debiesen, e inquestionablemente lo hacen, jugar un papel en las decisiones de los tribunales. Pero cuando un tribunal, determina, de forma categórica, que una persona no tiene derecho jurídico alguno, los derechos morales que pudiesen existir carecen de interés para los tribunales quienes no harán nada más por el demandante.

Observen las dificultades de la tarea de predicción de que deben llevar a cabo los abogados: 1) Los casos controvertidos se traducen en una disputa sobre los hechos discutidos. 2) No hay manera de saber cuándo va a existir una demanda y menos si ésta tendrá hechos controvertidos. 3) Los *F* de estas futuras demandas no son posibles de ser conocidos en el presente. 4) Derechos y deberes jurídicos son las consecuencias de demandas ganadas o pérdidas. 5) De este modo, derechos y deberes jurídicos dependen del resultado de demandas futuras sobre *Fs* que no podemos conocer en el presente. 6) Por eso, no importa que tan conocidas y fijas sean las normas jurídicas pertinentes a esta futura demanda, el abogado, frecuentemente no puede, antes de una demanda, informar a una persona sobre sus derechos jurídicos. Puesto que el abogado enfrenta una multitud de factores variables que no puede determinar de forma precisa y definitiva.

Una vez un abogado amigo mío protestó en mi contra cuando me escuchó expresar estas ideas. Me dijo que no es difícil para un abogado con experiencia responder de forma inequívoca a la mayoría de las preguntas que se le hacen en el día a día. Si lo que mi amigo quiso decir es que se puede responder de forma inequívoca una pregunta general, como la de si un regalo hecho por una persona que estaba declarado como insolvente al momento de realizarlo puede ser liquidado para pagarle a sus acreedores, entonces, mi amigo estaba en lo correcto.

Pero, usualmente, el cliente no está interesado en obtener respuestas a preguntas generales de este tipo. Éste no quiere que su abogado le recite las

normas de un código. Lo que el cliente quiere saber es, por ejemplo, si él puede convencer al tribunal de liquidar un bien de un tercero valorado en \$50.000, el cual fue recibido a título de regalo hecho por un deudor del cliente, John Jones, quien había sido declarado como insolvente, con el fin de poder obtener los \$10.000 que Jones le debe.³⁶

La capacidad para responder de forma inequívoca las diversas preguntas jurídicas no significa, bajo ningún motivo, que el abogado, sin importar la experiencia que tenga, pueda inequívocamente responder lo que el cliente necesita que se le responda.

Sólo un adivino, un profeta o una persona con el don de la clarividencia, puede decirle a una persona cuáles son sus derechos exigibles derivados de las transacciones particulares celebradas por esa persona en particular. Puesto que sólo un clarividente puede predecir qué prueba será introducida, cuál de éstas será creída y adivinar, además, cuáles serán las reacciones del juez o jurado a las declaraciones de los testigos que puedan creer.

Creo que en este punto el lector podrá ver que la habilidad del abogado para predecir exitosamente una decisión varía dependiendo de la etapa en la que se le pregunte su opinión:

1) Cuando un cliente, recién habiendo firmado un contrato y ninguno de los dos contratantes ha realizado acto alguno bajo las normas del contrato, pregunta sobre los derechos adquiridos por medio de éste. La predicción del abogado, en esta etapa, incluye por defecto conjeturas arriesgadas con respecto a qué harán o no harán las partes en el futuro. Frecuentemente esta predicción estará tan llena de “quizás” que la hace de muy poca utilidad práctica.

2) Despues de la ocurrencia de eventos que puedan provocar un litigio, el cliente podría consultar con respecto a un posible resultado de la demanda, si la hubiese. A) Si la consulta es antes de que el abogado haya entrevistado a posibles testigos, entonces su predicción es débil. B) Despues de haber entrevistado los testigos, su predicción es un poco más fiable. Sin embargo, a menos de que existiese certeza de que los hechos no serán controvertidos, sigue siendo de baja confiabilidad. Puesto que, si, como es usual, los testigos van a hacer declaraciones orales y van a estar en desacuerdo los unos con los otros sobre lo que vieron o escucharon, raramente alguien podrá adivinar como el juez o el jurado va a reaccionar a los testimonios. Especialmente la predicción será dudosa si el abogado no sabe quién será el juez o si el juicio será con o sin jurado; esto se agrava para el caso de que sea un juicio con jurado puesto que el abogado no puede saber quiénes lo van a componer.

3) Despues del juicio pero antes de la decisión. La profecía del abogado puede ser un poco más certera. En ese momento, el abogado está evaluando la reacción de los jueces y del jurado, que ya ha conocido y visto en acción, con

³⁶ Lo anterior trae a un tema a la palestra que no puedo dejar pasar: Ordinariamente, un cliente no sólo quiere una mera decisión. Él que quiere una decisión que pueda ser ejecutable o que el perdedor cumpla voluntariamente. La decisión de un tribunal en contra de Jones por \$10.000 dólares, no será de valor a menos que Jones pueda pagar la suma ordenada. Muchas veces la parte que pierde no puede pagar porque ésta es insolvente o al menos ha logrado parecer insolvente (escondiendo exitosamente su propiedad). Los derechos legales debe deben tratarse desde el punto de vista de su exigibilidad. En mis clases llamo a esto “el enfoque de exigibilidad” o el “enfoque del acreedor”. Aboga por el estudio de la quiebra y otros temas relativos al cobro de prestaciones. Ver capítulo XVI y Frank, “Are Judges Human?,” 80, *Un. Of Pa. Rev.* (1931) at 49 note 74.

respecto a las declaraciones de los testigos. Sin embargo, si la declaración fue oral, sigue siendo difícil poder adivinar.

4) Con posterioridad al juicio y una vez conocida la decisión. La predicción se identifica con la decisión en sede de apelación, si es que procede. Usualmente ésta tiene que ver sólo con las normas jurídicas que las cortes aplicarán a los hechos ya “encontrados” por los tribunales y el jurado. En esta etapa, un abogado competente puede predecir (aunque no siempre) las decisiones de forma precisa.

6

Déjenme resumir: las demandas son peleas. Son batallas jurídicas luchadas en un tribunal. Éstas son históricamente (y actualmente) sustitutas de los duelos con pistolas y cuchillos. En vez de utilizar sus armas para que Robinson haga lo que usted quiere que haga, usted va a pelear en un tribunal con armas no letales, con implementos de persuasión para convencer al tribunal que debe ordenar a Robinson a hacer lo que usted está pidiendo. Batallar para obtener una orden del tribunal para que el Sheriff, de ser necesario, saque su arma y obligue a Robinson a hacer lo que usted quiere.

También, las demandas sirven para probar la existencia de supuestos derechos jurídicos que se dice que existen. Si Robinson, voluntariamente, porque le avergüenza o es muy tímido para no hacer lo que usted quiere que haga, no significa que tiene un derecho jurídico en su contra, o que él tiene una obligación jurídica con respecto a usted.

Sólo puede saber si existe (y en qué consiste) ese derecho jurídico en contra de Robinson, si éste, no quiere hacer lo que usted desea, y usted tiene que obligar a un tribunal a emitir una orden que le ordene, a su vez, a Robinson a hacer lo deseado. Los supuestos derechos que Jones tiene contra Smiths por su hipoteca, préstamo, contrato de trabajo, o quizás por un accidente automovilístico son desconocidos hasta que Jones demanda a Smiths y un tribunal le concede la demanda a Jones.

Todos somos Smiths y todos somos Jones. No podemos saber cuáles son nuestros derechos jurídicos (aquellos derechos exigibles) en contra de otra persona, sino hasta que se obtiene una decisión ejecutable, como consecuencia de una determinada demanda. Sin demandas, no hay derechos jurídicos. Sólo hasta que haya una sentencia ejecutable de un tribunal sobre una demanda determinada, puede haber alguna predicción sobre derechos y deberes jurídicos.

Estas conjeturas, incluso si están hechas por abogados, no siempre son suficientemente buenas, especialmente antes de que una demanda sea puesta en marcha. Dado que las decisiones de los tribunales dependen de dos factores (normas y hechos) y uno de esos componentes es peculiarmente difícil de adivinar, llámese la creencia del juez y el jurado sobre los que serán declarados como hechos probados en juicio, predecir derechos jurídicos, antes de un litigio, es, adivinar qué es lo que los jueces y jurados van a creer sobre cuáles serán los hechos y esto, bajo ningún aspecto, es fácil. Derechos y deberes jurídicos son, a menudo, adivinaciones.

Esto significa que: la gran mayoría de los derechos legales dependen sobre los hechos que han sido “probados” en una futura demanda, y la prueba de esos hechos, en casos controvertidos, está a merced de testigos muertos, jueces equivocados, jueces que no han puesto atención, jueces parciales, jurados que no

han puesto atención, jurados parciales. En suma, un derecho jurídico es usualmente una apuesta sobre el azaroso resultado de una posible y futura demanda.

Me gustaría modificar un poco este perturbador cuadro que he pintado en las líneas anteriores. Para esto, abordaré el tema de los abogados como agentes de prevención de litigios.

Los abogados no se dedican a llevar demandas y litigios. Muchos de ellos pasan sus días en sus oficinas asesorando a sus clientes. Muchos clientes acuden a éstos para obtener confianza y seguridad. La vida es peligrosa y entre estos peligros están los riesgos de estar atrapados en batallas legales y ser derrotado en los tribunales. El abogado usualmente sirve como un calmante, un aliviador de dudas que aquejan a personas perplejas. En este sentido alguien podría decir que éste actúa como un psiquiatra, subyugando los miedos del cliente, permitiéndole actuar libre de aprensiones.

A veces algunos abogados levantan dudas innecesarias en las mentes de sus clientes. Éstos son malos psiquiatras. Sin embargo, el abogado que promete y otorga resguardos y garantías a diestra y siniestra también puede ser un mal psiquiatra. El psiquiatra competente, entiendo yo, es quien no crea ilusiones en sus pacientes, pero busca facilitarles, de una forma adulta, la posibilidad de reconocer y enfrentar la realidad. No actúa como la nodriza emocional de sus pacientes. Así debe ser el abogado con sus clientes. Él debe tratarlos como personas adultas. No debe darles ilusiones con respecto a sus derechos jurídicos. El abogado, por su bien y el de sus clientes, debe informarles a éstos sobre los hechos de la vida e incluidos en estos hechos, está la inherente incertezza de la litigación, y por tanto, de sus derechos jurídicos.

Estos sabios abogados tratan, generalmente, de prevenir el litigio. Así como hay medicina preventiva, también el ejercicio del derecho puede ser preventivo y usualmente el abogado puede mantener alejados a sus clientes de la litigación. Esto es el resultado del trabajo de escritorio del abogado (confección de documentos legales). En teoría, estos documentos son generalmente eficaces para prevenir demandas puesto que permiten adquirir un arsenal de armas jurídicas que permiten vaticinar una victoria y disuadir a la contraparte si desea iniciar una guerra en tribunales. Examinemos esta situación descrita.

Un abogado redacta un documento (contrato, una hipoteca, un préstamo, una escritura, etc.,) para un cliente. El cliente se siente seguro, puesto que su abogado, presumiblemente, le ha blindado en contra de un futuro ataque. Y nosotros los abogados, generalmente, viendo lo poco que nuestros escritos son objeto de ataque, cuán pocos de nuestros contratos o escrituras son cuestionadas, nos enorgullecemos de la eficacia de nuestras habilidades de prevención de litigios. Pero, ¿ese orgullo está siempre justificado? Cuando ningún litigio ocurre ¿son nuestras habilidades las que mantienen alejadas a las partes de una disputa? ¿Hasta qué punto la explicación de la ausencia de litigios puede ser atribuida al hecho de que generalmente a las personas no les interesa litigar?

Quizás los abogados se parezcan al gallo que pensó que el sol no saldría si él no cacareaba. Quizás el orgullo del abogado descansa en el falso principio de *post hoc ergo propter hoc*, muy bien ilustrado por el caso del brujo que hace llover: él realiza una ceremonia. Dos días después llueve. Su reputación dentro del grupo

está asegurada. Ellos asumen que, si *A* sigue a *B* en el tiempo, entonces *B* es causado por *A*. Imaginan una relación causal que no existe.

Considérese este hecho: un abogado cualquiera que examina muchos extractos de títulos de dominio encuentra cientos de documentos defectuosos preparados por abogados, escrituras, testamentos, resoluciones corporativas y cosas por el estilo, los cuales, potencialmente, pueden provocar un litigio. Ahora bien, muchos de estos defectos son curados por el paso del tiempo (“posesión adversa”).

Sin embargo, dichos extractos revelaron que las potenciales estrategias preventivas llevadas por los abogados, en vez de prevenir un litigio podían haber sido las causas de éstos.

Lo cierto es que estos pleitos no ocurrieron debido su eficacia preventiva sino que a otros factores (*i.e.* el desconocimiento de que se habían equivocado) externos al trabajo del abogado.

Una de mis historias de abogados favoritas puede ser relevante para este tema. Un abogado amigo mío –llámémosle señor Inquisitive– representaba a una corporación la cual estaba a punto de pedir prestado un millón de dólares en bonos de hipoteca. Una de las principales firmas de abogados de Nueva York –llámémosle, señores Big, Keen & Snappy– representaban a los banqueros. Ellos enviaron al señor Inquisitive una escritura de hipoteca fiduciaria de treinta y seis páginas para que su cliente lo firmara. Mi amigo, como pasa en estos casos, no tenía mucha experiencia en tales materias. Así que leyó el documento con sumo cuidado. Despues, telefoneó a los señores Big, Keen & Snappy:

“No estoy seguro” dijo “de entender los significados de las páginas 42 a la 51. ¿De qué tratan?”.

“Oh” respondieron condescendientemente, “es un documento tipo que utilizamos. Lo hemos usado así tal cual durante los últimos cuatro años. A lo menos un billón de dólares en bonos han sido emitidos y ahora están circulando por medio de instrumentos similares”.

“Está bien,” dijo el señor Inquisitive, “debo admitir que soy estúpido. Pero por mi paz mental, escríbanme algunas líneas explicándome el significado de estas páginas”.

Un día después, por teléfono, recibió la siguiente sorprendente respuesta de Big, Keen & Snappy: dos años antes, por tratar de sacar con prisa una escritura de fideicomiso, la impresora dejó caer tres páginas y arruinó el sentido de otra docena de páginas. El error, no detectado, se perpetuó desde aquella fecha.

Bueno, ahí afuera hay cerca de un billón de dólares en bonos emitidos por diversas corporaciones y son vendidas al público por medio de instrumentos defectuosos.

Ahora, ¿cuántas demandas ocasionó ese error? Probablemente ninguna. Porque la mayoría de la gente no anda por la vida buscando demandas. La ausencia de litigios no puede fundarse en el trabajo de los abogados que redactaron esas hipotecas. Más bien, parece ser que, a pesar de ese trabajo, los litigios no se produjeron.

Nunca podremos saber que tanto impacto preventivo tienen los escritos redactados por los abogados. Para poder tener dicho conocimiento necesitamos, al menos, saber 1) en qué instancias los errores de los abogados no fueron encontrados y 2) las instancias en las que las posibles demandas originadas por esos errores fueron arreglados extrajudicialmente. También necesitaríamos tomar en consideración el hecho de que, en algunas áreas del mundo corporativo, hay un tabú bastante fuerte en contra de la litigación.

Sería interesante saber si, en períodos de bajones económicos, las demandas siguen siendo tan infrecuentes incluso en aquellas áreas donde el tabú impera.

Un documento cuidadosamente elaborado por un abogado puede, indudablemente, algunas veces prevenir litigios. Esto se debe a que los tribunales han desarrollado una práctica conocida como la “regla de la palabra de honor”. En términos generales, esta regla dicta que un tribunal no prestará atención a evidencia que esté en desacuerdo, o contradiga, un escrito. Aparentemente esto significa que la mayoría de los testimonios orales serán dejados fuera del juicio y por lo tanto los peligros de declaraciones equivocadas estarán ausentes. Sin embargo, esta regla está sujeta a tantas excepciones que parece un queso suizo, más hoyos que queso.

Estas excepciones permiten a una persona que quiera controvertir un escrito, anularlo por medio de un testimonio oral que, creído, va a demostrar, por ejemplo:

Que la firma es falsa; o que fue firmado bajo engaño; o que ambas partes firmantes se pusieron de acuerdo para elaborar un engaño, o que por un error mutuo se omitió aspectos importantes que le otorga un significado distinto al documento; o que fue verbalmente acordado que el documento no tendrá ningún efecto hasta que algo pase y que nunca pasó; o que, después de su firma, ambas partes de palabra, acordaron dejarlo sin efecto³⁷.

Si los tribunales creen a los testigos que declaran en favor de cualquiera de estos hechos, no importaría un ápice si estos hechos son verdaderos. Lo único que importaría es si los tribunales creerán que son verdaderos. El documento será eficaz (o no) dependiendo de la creencia del juez sobre la declaración del testigo. Los testimonios orales pueden hacer un daño mortal a la armadura provista por los escritos de los abogados. Por ejemplo, en muchos juicios donde un testamento está controvertido, el testamento mismo que puede estar cuidadosamente preparado sin ninguna falla jurídica, puede ser anulado por los tribunales, si estos creen un testimonio que declare que el testamento fue elaborado bajo “influencias indebidas”.

Pero no debo exagerar. Con seguridad, gracias a la regla de la palabra de honor, los documentos bien preparados por abogados pueden prevenir la litigación. Mi buen amigo, el profesor Karl Llewellyn, en una reciente discusión que tuvimos, estimó que, en ciertos negocios, documentos preparados hábilmente significan que las posibilidades de victoria en una demanda son 3 de 4, o 4 de 5. Si este cálculo es correcto, nadie lo sabe. Sin duda, respecto a determinadas transacciones, los documentos legales son de utilidad. Sin embargo, esta creencia no puede ser verificada estadísticamente.

Esto, también, debe ser tenido en mente. Muchos de los documentos de los que Llewellyn habla son utilizados por poderosas corporaciones. Supóngase que se puede probar que, en una demanda relativa a esos documentos, su nivel de eficacia

³⁷ Esta última excepción no está reconocida por los tribunales.

es alto y pocas personas se aventuran a “*go to law*” debido a dichos documentos. Aun así no es posible llevar a cabo un “experimento controlado”.

Esto debido a que dichas instituciones gigantes contratan a abogados litigantes excepcionales, mucho mejores, en promedio, que los de sus adversarios. Se debe reconocer el hecho de que las personas generalmente no tienen los recursos para mantener una batalla judicial con estos gigantes, y, aun si pueden mantenerla, son reacios debido al “prestigio” de esas corporaciones o por miedo, muchas veces más imaginario que real, a que la demanda le haga más daño que bien debido a las potenciales represalias respecto a créditos o bloqueos de productos que puedan, eventualmente, necesitar para sus negocios.

Creo que nunca vamos a obtener información confiable sobre estos temas. Nunca nadie va a saber cuántas personas, más o menos, litigarían si los abogados abandonaran su práctica de elaboración de documentos. Sin embargo, algo se puede decir: el hecho de que, en general, exista una relativamente pequeña cantidad de litigios no debería ser achacado al trabajo de los abogados.

La profesión jurídica no puede atribuirse seriamente el crédito por, lo que sea que haga, que las personas se mantengan más pacíficas y menos litigiosas, de lo normal. Los abogados deben ser modestos en la aserción sobre el efecto de sus palabras dictadas a su estenógrafo para la prevención de disputas tanto en los tribunales como fuera de éstos. Sobre todo, hay que recordar que sólo una pequeña porción de las actividades humanas que se transforman o se pueden transformar en demandas pueden ser cubiertas por los instrumentos redactados por o asesorados por los abogados. En el mejor de los casos, las actividades susceptibles de prevención son mínimas.

8

Muchos legos y, algunos, abogados cuando hablan de “hechos” en un litigio, no se refieren a la clase de hechos que he estado considerando (*i.e.*, si Jones atropelló al joven Tommy Smith), sino a aquellos que pueden denominarse “*background*” o hechos “sociales y económicos”, generalmente de naturaleza estadística: la clase de hechos presentadas ante los tribunales en los famosos “*alegatos Brandeis*”. Hechos de este tipo no involucran la credibilidad de un testigo³⁸.

Sin embargo, la gran mayoría de las demandas sí involucran una cantidad cruciales de hechos cuya determinación por los tribunales depende de la credibilidad de la declaración verbal del testigo. En esta instancia, el tribunal tiene la última palabra sobre los hechos. Esto es lo que Tourtoulon llama “soberanía del tribunal”. En razón de lo anterior, es que el juez Olson recientemente sugirió³⁹ que las demandas (*law suits*) deberían renombrarse como “*fact suits*”⁴⁰.

³⁸ Sin embargo, estos hechos no están exentos de subjetividad, ver capítulo XIV.

³⁹ N. del T.: Frank hace un juego de palabras *Law-suits* y *fact-suits* en referencia a, grandes rasgos, que lo importante en un litigio no es el derecho sino los hechos. Por no existir equivalentes en español he decidido dejar la nomenclatura original.

⁴⁰ Advertencia: Sólo cuando el tribunal ve y escucha a los testigos, está en una posición más ventajosa que los tribunales superiores para determinar la credibilidad del testigo, su averiguación de los hechos será final para los tribunales superiores. Entonces, cuando no haya envuelto un testimonio, ésta finalidad no necesariamente existe. Y puedo no existir, al menos en el caso de un juez donde un testimonio oral está “en conflicto con documentos contemporáneos” de tal calidad que sería irracional creer lo que el testigo ha dicho. Ver: Estados Unidos v. U.S. Gypsum Co., 333 U.S. 364.

El presidente de la Corte Suprema Estadounidense Evans Hughes —quien desconfiaba de las agencias administrativas y las consideraba mercedoras de un menor respeto que a los tribunales—, dijo una vez: “un administrador inescrupuloso puede estar tentado de decir ‘déjenme encontrar los hechos..., y poco me importará quien determine los principios generales’”.

El Presidente de la Corte Suprema no se dio cuenta de que esta observación puede aplicarse también a los jueces, y no sólo a la averiguación de los hechos llevados por un inescrupuloso, sino que también a la averiguación errada llevada a cabo por honestos pero equivocados jueces y jurados.

Los comentarios de Hughes sirven para remarcar la importancia de los tribunales en la tarea de la determinación de los hechos. Supongamos que un juez, al decidir un caso, comete un error en la determinación de los hechos y aplica a éstos, a pesar de haber sido determinados de forma equivocada, la norma jurídica correcta, *i.e.*, la norma que debió haber aplicado si esos fueran los hechos que correspondían.

En el ejemplo descrito, la injusticia es la misma que en el caso que si se hubiese aplicado la norma jurídica incorrecta a hechos correctos. En otras palabras, es igual de injusto aplicar la norma jurídica “correcta” a hechos equivocados, que aplicar la norma jurídica “incorrecta” a hechos “correctos”. Ninguna regla puede ser la “correcta”, la justa, en ninguna demanda, si se ha aplicado a hechos que no ocurrieron, a hechos irreales y espurios. Por ejemplo, ¿se puede decir que se aplicó la regla correcta cuando se ordenó al señor Campbell a ir a la cárcel por un crimen que no cometió? Es como si a un cirujano, siguiendo equivocadamente las reglas sentadas y aprobados de la cirugía, extirpara erradamente la vesícula biliar a un hombre sano.

De hecho, para el caso en que una norma jurídica correcta es mal utilizada por los tribunales porque se ejerció en contra de hechos irreales, se puede señalar que ésta nunca fue aplicada, que su aplicación fue ilusoria. Este ejercicio errado, la ilusión de la aplicación de una norma, es una frustración del ideal comunitario o político que es representada por esa regla; la aplicación equivocada de ese ideal o política es, al menos, el equivalente a su no-aplicación. Una averiguación equivocada de los hechos convierte en impotente a tales ideales y/o políticas. Usted, quizás, puede pensar que porque he remarcado la tarea de averiguación de los hechos por los tribunales, las normas jurídicas son de poca importancia para mí. Sin embargo, es precisamente porque pienso que las normas jurídicas son de gran importancia que me aflige cuando, debido a una averiguación defectuosa de los hechos, son aplicadas a hechos incorrectos.

Dado que la aplicación específica de las normas depende de la determinación de los hechos, las cortes, que funcionan primeramente como guardianes de las normas, son bastante menos importantes en nuestro sistema jurídico que los tribunales. En primer lugar, una abrumadora mayoría de los casos no son apelados; probablemente un 95% de los casos terminan en los tribunales. En segundo lugar, como, en la mayoría de aquellos pocos casos que son apelados, las cortes aceptan la determinación de los hechos hechas por los tribunales, los tribunales deciden el destino de, digamos, un 98% de todos los casos.

A lo largo de este libro, continuaré siendo crítico de algunos comportamientos de las cortes. Sin embargo, ahora debo hacerme cargo de un

argumento recientemente desarrollado que se opone a dichas críticas: la democracia americana compite en el seno internacional con el totalitarismo ruso. Consecuentemente debemos tener una política de silencio con respecto a cualquier falla, mejorable o no, en la economía o gobierno americano, aun si esto significa disminuir la posibilidad de mejorar dichos defectos. De lo contrario, sigue este argumento, los críticos soviéticos aprovechándose de esta información, les van a quitar aliados o, incluso, van ganar potenciales aliados de América.

De seguro ésta no puede ser una política razonable. Busca proteger la democracia negándola. Propone la utilización de la supresión antidemocrática de la verdad que tanto criticamos al totalitarismo. Afirma que la democracia, para que sobreviva, debe cesar de ser democrática. Tal argumento, si se aplica para proponer reformas económicas o de gobierno, es sólo un cobarde y desesperado consejo. Sólo una democracia robusta y desarrollada, leal a sus propios principios de base, puede exitosamente competir contra los soviéticos en influencia global.

Que nuestro sistema judicial, tal cual como está ahora, no es tan bueno como puede o debe ser no significa que, en su estado actual, no tenga muchos aspectos que merecen ser exaltados. Conuerdo con el Colegio de Abogados cuando, recurrentemente, rechazan las denigraciones imprudentes, desinformadas e indiscriminadas de las que son víctimas nuestros tribunales. Pero, en parte, estas denostaciones son originadas por unas igual deplorables y excesivas alabanzas a nuestros tribunales, algunas veces expresadas por algunos miembros prominentes del Colegio de Abogados.

Muchas veces, en dichas alabanzas, citan a Cicerón. Ese fascinante romano, que como filósofo jurídico, elocuentemente mantuvo que un sistema jurídico civilizado debe estar basado en la razón, cimentado en el principio universal y eterno de justicia y en el ideal que hoy en día formulamos como “todos somos iguales ante la ley”.

Sin embargo Cicerón, como abogado litigante, no tuvo problemas para pervertir la razón por medio de artimañas y trickeyuelas jurídicas y dejar sin efecto las doctrinas que, como filósofo del derecho, pretendía adorar. En sus momentos no filosóficos, se jactaba de su destreza como abogado para ganar juicios para clientes que debieron haber perdido, y que seguramente así habría sido de no ser por sus estratagemas ingeniosas.

Ahora bien, si desde una filosofía a la Cicerón, un sistema jurídico debe aproximarse a la racionalidad y a la “igualdad ante la ley,” entonces casos sustancialmente similares ocurridos en cualquier tiempo, deben ser resueltos de la misma forma.

Sin embargo y en la medida en que dichos casos parecidos son decididos de forma distinta debido a las desigualdades en la habilidad y astucia de los abogados, el alcance de los principios proclamados por Cicerón se encuentra supeditados a esta situación. Cicerón no hizo nada para cerrar la brecha entre esos ideales y las realidades judiciales. Mantuvo sus nobles principios en un bolsillo y sus prácticas como abogados en otro. Dado que Cicerón nunca puso en práctica estos altos principios, dudo que se los haya tomado en serio⁴¹. Es por esto que sugiero que se examine críticamente los alardes de nuestros Cicerones modernos.

⁴¹ Ver capítulo XXVI para mayor discusión con respecto a Cicerón.

Recientemente leí un libro escrito para legos por un abogado. El autor dice que, usted debe perder la fe en las demandas, porque los tribunales se equivocan en la determinación de los hechos y si usted abandona un tribunal quejándose por la injusticia, usted es un crítico irracional que no entendió nada. Puesto que, él explica, en cada demanda debe haber un perdedor, y uno debe entender que ningún sistema jurídico es perfecto.

Me indigna esta, para nada infrecuente, condescendencia que el abogado tiene con el lego. Por supuesto que ningún sistema jurídico puede ser perfecto. Pero pensemos en esto: un hombre es acusado de matar a otro y es sometido a juicio bajo el cargo de homicidio. Si el acusado es condenado, el gobierno lo va a matar. El homicidio llevado a cabo por el gobierno es legal y por tanto no se cataloga como tal. Pero si el homicidio del gobierno es resultado de una condena en la cual los jueces tienen una creencia errada sobre los hechos, significa que el gobierno ha matado a un hombre inocente pero revestido de legalidad. ¿Qué sucede en este caso? Lo que sucede es que se ha cometido un chocante acto de injusticia. Sin embargo, nuestro autor escribe, "tal contingencia no justifica condenar un sistema que está necesariamente bajo el criterio humano; y si esta visión complaciente exaspera a un víctima que ha sido encontrada culpable de un crimen que nunca ha cometido, hay que decir que es un hecho incontrovertible", es inevitable, como un "acto de dios," como cuando un rayo cae sobre un hombre.

La defensa de estas graves injusticias es legítima solo si éstas son inevitables, esto es, sólo si todo lo que era posible hacer para evitarlas se ha hecho. Pero, usualmente, nunca se hace todo lo posible. Gracias a errores evitables de los tribunales, hombres inocentes son condenados; y cada semana, por razones similares, alguien pierde su vida, su trabajo, su sustento. Muchas de estas injusticias provienen no de la falta de justicia de las normas jurídicas sino de la errada averiguación de los hechos.

Le corresponde los miembros de la comunidad (no-abogados) demandar mejoras y reformas en estos métodos. Sin embargo, no deben, repito, exigir la perfección. La justicia perfecta yace más allá del alcance humano. Pero el hecho que este ideal sea inalcanzable no es excusa para no esforzarse en la obtención del mejor resultado posible. Como el poeta MacNeice escribió:

*"Y para el bueno que sabe cuán ancho es el abismo, cuán profundo,
Entre lo ideal y lo real, quien siendo bueno ha sentido
La tentación final para retirarse, sentarse y llorar,
Rezamos al poder de tomar sobre si mismos la culpa
De la acción humana, y sin embargo, listo para confesar
La imperfección de lo que podemos y debemos construir..."*

10

La profesión del abogado, como un todo, no debe ser singularmente culpada de los defectos del sistema jurídico. La mayoría de quienes constituyen cualquier profesión u oficio tienden a venerar casi todas sus tradiciones, a pasar por alto sus defectos, y no son capaces de inspeccionar de forma imparcial las costumbres asentadas en el tiempo. Muchos abogados connotados, incluido algunos de los principales miembros de aquel grupo conservador, el Colegio de Abogados, así

como han sido líderes en el desarrollo de la vida americana⁴², han sido conspicuos como críticos a las prácticas judiciales y legales de nuestra profesión. Sin embargo, creo que, para lograr reformas sustanciales en los métodos de trabajo los tribunales, es necesaria la participación de quienes no son abogados.

⁴² Creo que esta afirmación es de tal importancia que la he incluido, también, en el prefacio de este libro.

Interpretar y argumentar.

Riccardo Guastini

(2014) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
Madrid, 381 pp.

Victoria Iturralde Sesma
Universidad del País Vasco
victoria.iturralde@ehu.es

Es un reto y una oportunidad poder comentar este trabajo que, además de constituir una muestra de su pensamiento más reciente, recoge diferentes cuestiones a las que Riccardo Guastini ha dedicado gran parte de su obra.

El libro está dividido en cinco partes: I. Interpretación e intérpretes; II: Construcción jurídica y ciencia del derecho; III: Razonamiento jurídico y aplicación del derecho; Parte IV: A propósito de la interpretación constitucional y, V: Controversias. Puesto que analizar con detalle cada una de ellas constituye una tarea imposible, me limitaré a comentar algunas cuestiones que considero relevantes, a saber: la interpretación, los argumentos interpretativos y la relación entre lógica y normas.

I. Guastini comienza distinguiendo entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto y respecto de esta última distingue diversos tipos de enunciados interpretativos según que sean el fruto de interpretación cognitiva, decisoria o creadora. La interpretación cognitiva, es aquella que se expresa mediante enunciados que recogen los distintos posibles significados de un texto; tienen la forma “T puede significar S1, o S2 o S3”, y pertenecen al discurso en función descriptiva o cognoscitiva, por lo que pueden ser verdaderos o falsos. La interpretación decisoria se expresa mediante enunciados que adscriben un significado determinado; su forma estándar es “T significa S” y los enunciados a través de los cuales se expresa pertenecen al discurso en función prescriptiva, y carecen de valor de verdad. Por último, la interpretación creadora consiste en “construir” a partir de normas explícitas, por lo que tiende a difuminarse en la construcción jurídica (Guastini: 2014: 52-53).

De otro lado, señala qué debe entenderse por interpretación: no es cualquier atribución de significado sino aquella que se ubique dentro del marco de los significados admisibles; y afirma que trazar límites (conceptuales) a la interpretación sirve *“no para distinguir las interpretaciones buenas, correctas o aceptables de las interpretaciones malas, incorrectas, inaceptables -que es cuestión valorativa, normativa, cuestión de política del derecho-, sino para distinguir, en el ámbito de la ciencia del derecho, la genuina (“normal”) interpretación de la creación de normas nuevas”* (p. 76).

Salvo la discrepancia acerca de la diferencia entre “compresión” e “interpretación” (y por tanto sobre la necesidad de interpretar todo o solo los enunciados oscuros), podemos decir que hay un amplio acuerdo (que Guastini comparte) en entender por “interpretación” la atribución de significado “*dentro del marco de los significados admisibles*” (p. 76).

Si la “interpretación cognitiva” puede caracterizarse en términos de verdad/falsedad, es necesario establecer el *criterio* que permita delimitar las interpretaciones verdaderas de las falsas. Creo que Guastini o bien no lo hace o bien los criterios que ofrece (cuando habla de los argumentos interpretativos, que veremos más adelante) no son aptos para hablar en términos de verdad/falsedad, términos propios de las ciencias formales y empíricas.

El criterio para delimitar los significados admisibles tiene que ver con la *convencionalidad* del lenguaje, esto es, con la idea de que lo que delimita el significado de los términos es el hecho de que en una determinada comunidad lingüística hay reglas que gobiernan su uso. Es la existencia de estas reglas lo que determinada qué cuenta como uso correcto del lenguaje.

Ahora bien, esto no zanja la cuestión de “el” significado. En primer lugar, porque decir que el significado es convencional implica estabilidad en el significado (de lo contrario sería imposible la comunicación), pero también la posibilidad de variaciones. En segundo término, porque incluso los denominados “casos paradigmáticos” (“normas claras”) pueden ponerse en cuestión, ya que las propiedades esenciales de los términos pueden cuestionarse. En tercer lugar, porque el significado convencional es incompleto puesto que hay elementos a los que no se les puede atribuir significado independientemente del contexto lingüístico y de la situación concreta de uso. Y, por último, porque el significado, lejos de ser neutral, depende de las creencias, teorías, conocimientos, etc. compartidos por una comunidad lingüística. El lenguaje, lejos de ser neutro, refleja una *visión del mundo*, una *forma de vida*, una configuración cultural y ética a través de la cual asumimos y valoramos ciertos comportamientos y realidades. Estas están mediatizadas por el lenguaje, y a su vez aquellas pueden mediatizar este. Esto es previsible no sólo del lenguaje común, sino del cualquier lenguaje científico, sobre todo si se trata de las ciencias sociales, entre ellas el derecho.

Veamos un ejemplo. A partir de la reforma del art. 44 de Código Civil por la Ley 13/2005, en España se puede contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicha ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional en base (entre otros argumentos) a que a pesar de que el art. 32 de la Constitución española decía: “Todos tiene derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, y por tanto omitía cualquier referencia al matrimonio homosexual, se sobrentendía que, por definición, “matrimonio” era la “unión legal entre dos personas de diferente sexo”. Esta interpretación ¿es un enunciado descriptivo del significado de “matrimonio”? , ¿es un enunciado verdadero?

Por lo demás, comparto con Guastini que hay un límite entre “interpretación” y “creación”, y por ello considero que sería más preciso reservar el término “interpretación” para la atribución de significado dentro de los límites del significado, y “creación” para aquella atribución de “significado” fuera de los mismos. En este sentido no habría de interpretación-creadora, ni de interpretación extensiva o no-extensiva, porque, como el mismo Guastini reconoce, no son interpretación.

En tercer lugar, discrepo de la distinción entre interpretación cognitiva e interpretación decisoria que hace el autor. Si un intérprete se limita a constatar por

ejemplo la interpretación que un determinado tribunal ha realizado del art. x de la ley Y, está realizando un discurso descriptivo acerca de la interpretación, no está interpretando. Cuando un intérprete, formula un enunciado interpretativo como: "El texto T significa S1, S2 o S3" está ya delimitando las posibles interpretaciones; por tanto incluyendo unas y excluyendo otras. Por tanto, no está describiendo sino prescribiendo, prescripción que puede consistir en un aconsejar, sugerir, pedir, ordenar, etc. De otro lado, la diferencia entre la interpretación cognitiva y la interpretación decisoria consiste no en el contenido proposicional sino en la *fuerza ilocutiva*: si cuando un juez emite una sentencia realiza una "interpretación decisoria" es porque el derecho atribuye a las decisiones judiciales finales una fuerza determinada: performativa.

II. En el apartado "La argumentación de las decisiones judiciales" Guastini analiza diferentes argumentos interpretativos, para lo cual examina primero la interpretación literal, continúa con la voluntad del legislador, para abordar luego diferentes argumentos sistemáticos.

Después de indicar algunos sentidos de interpretación literal (interpretación *prima facie*, interpretación no-contextual e interpretación no correctora); señala que la interpretación literal se argumenta apelando al significado propio de las palabras: más precisamente, alegando los usos lingüísticos comunes, es decir, las reglas sintácticas y semánticas de la lengua o del lenguaje sectorial en que está formulado el texto normativo. Añade que el argumento del significado común de las palabras no siempre es factible y no siempre es concluyente" (p. 264). De esta manera, pasa a examinar los siguientes argumentos: la analogía y la interpretación extensiva, el argumento *a fortiori*, el argumento de la disociación y la interpretación restrictiva, el argumento *a contrario*, la interpretación sistemática, la interpretación conforme, y el argumento de la razonabilidad.

Cuando se habla de interpretación literal, una de las cuestiones a que nos podemos enfrentar es determinar qué usos hacen los juristas y teóricos del derecho de "interpretación literal". Estos usos son múltiples, de los cuales Guastini destaca dos: significado común y significado no-contextual.

Respecto del significado literal como significado común, señala que no es factible (porque hay términos técnicos de otras ciencias o técnicas y términos técnico jurídicos) y que no siempre es concluyente, en el sentido de que no resuelve en todos los casos las dudas interpretativas. Comparto la idea de que significado literal *no siempre* equivale a significado del lenguaje *común*, puesto que los términos del lenguaje legal pueden tener un significado técnico-jurídico, un significado propio de las diferentes ciencias o técnicas, o el del lenguaje común.

Es la idea de significado literal como significado no-contextual el que me parece de mayor interés y en el que discrepo del autor. Del discurso de Guastini se desprende que hay un significado lingüístico y otro sistemático o contextual, pues distingue entre argumentos lingüísticos y argumentos sistemáticos. Los primeros tienen que ver con las reglas sintácticas y semánticas (p. 263), mientras que los segundos engloban una familia de argumentos relativa al contexto en la que está la disposición a interpretar; concretamente la interpretación sistemática incluye: a) la combinación de disposiciones, b) el argumento de la sedes materia, el argumento de la constancia terminológica, c) el argumento de la inconstancia terminológica, y d) la argumentación conforme (pp. 289-298)

A pesar de que es un lugar común en materia de interpretación jurídica distinguir entre directivas lingüísticas y sistemáticas, o entre interpretación literal

(sentido propio de las palabras) y contextual, desde la filosofía del lenguaje resulta generalmente admitido que no puede determinarse el significado de un enunciado sin tener en cuenta el contexto y, por tanto, no puede hablarse de un significado “literal” diferente a un significado “contextual” (contexto lingüístico). No hay un significado literal de un término al que “puede” añadirse el significado derivado del contexto. El único “criterio” interpretativo que necesariamente debe observarse es el delimitado por el *significado convencional* (significado que incluye el contexto).

Una segunda cuestión (no menos importante que la anterior), es la utilización que jueces y juristas hacen de la expresión “significado o interpretación literal”, interpretación que es calificada como “formalista” o “positivista” frente a “interpretaciones” más acordes con la “realidad social”, el “espíritu” (*sic*) de la norma, etc. Un repaso por la doctrina o por la jurisprudencia muestra que dicha expresión se emplea realizar aplicaciones *contra legem*, para crear normas nuevas por los jueces en casos individuales (normas que en ocasiones tienen, de *iure*, alcance *erga omnes*). En este sentido, no descubro nada nuevo si digo que los “criterios”, “razones”, “argumentos”, etc. no son *métodos* que llevan a una interpretación, sino meros argumentos *ex post* para justificar determinadas interpretaciones. No en vano se ha señalado que la producción de los jueces y tribunales es difícilmente explicable y catalogable desde la perspectiva de una teoría de la interpretación del derecho que se quiera mínimamente comprensible y coherente. A pesar de todo, la teoría del derecho (y en este caso Guastini) sigue refiriéndose a los argumentativos interpretativos como criterios que preceden a la interpretación, omitiendo el elemento esencial de la interpretación: el valorativo.

III. El tema de la aplicación de la lógica al razonamiento jurídico se aborda en diferentes partes del libro, fundamentalmente en el apartado segundo de la Parte III *Lógica y Normas, así como* en el apartado tercero de la Parte II: *Normas implícitas*.

Guastini comienza señalando que “*En la cultura jurídica moderna, la actividad jurisdiccional es concebida como una actividad de mera aplicación de normas generales preestablecidas a casos individuales. Una actividad de este tipo exige, como veremos, un razonamiento deductivo –e incluso, según Cesare Beccaria, un silogismo- del tipo “Todos los asesinos deben ser castigados. Ticio es un asesino. Por tanto Ticio debe ser castigado”* (p.230). Señala que la actividad jurisdiccional está regida por el principio de legalidad, lo que significa que “*toda decisión jurisdiccional debe estar fundada en –es decir debe poder ser deducida de– una norma jurídica preexistente... los jueces, a diferencia de los legisladores, tienen la obligación de realizar razonamientos –y más precisamente razonamientos deductivos-, entre cuyas premisas debe figurar al menos una norma jurídica positiva*” (p.231); un razonamiento tiene estructura deductiva (es lógicamente válido) “*siempre que la conclusión se siga lógicamente de las premisas, esté lógicamente implícita en ellas*” (p. 227).

Guastini (en consonancia con gran parte de los teóricos del derecho) sostiene que hay reglas que determinan la corrección de la validez formal del razonamiento judicial: *las reglas de la lógica*.

En primer lugar, hay que decir que la lógica a que se toma como criterio de validez formal del razonamiento jurídico es la lógica clásica; lógica que se caracteriza por ser: formal, no ampliativa, apofántica, bivalente y global. Es *formal* en cuanto que es la ciencia de las formas válidas de razonamiento. Una forma válida de razonamiento es un esquema de inferencia tal que si las premisas del razonamiento son verdaderas la conclusión también lo es. La lógica se limita a aquellos razonamientos cuya validez descansa exclusivamente en la forma lógica de

los enunciados que los componen, independientemente de su contenido. La lógica clásica es no ampliativa, es decir, la conclusión debe seguirse necesariamente de las premisas, debe “estar contenida” en estas, pero a la vez la conclusión debe ser diferente de las premisas, puesto que si una inferencia no logra algo “nuevo” resulta inútil (lo que ha dado lugar a la denominada “paradoja de la inferencia”). En tercer lugar, el carácter *apofántico* de la lógica clásica significa que el objeto de la lógica lo constituyen aquellos enunciados acerca de los cuales puede preguntarse con sentido si son verdaderos o falsos (lo que no significa que lo sean de hecho), y por tanto quedan excluidas del tratamiento lógico expresiones como deseos, preguntas, órdenes, etc. La lógica clásica es *bivalente*, es decir, únicamente admite dos valores de verdad (verdadero y falso). Por último, la lógica clásica es *global*, es decir, sus reglas son independientes de la materia sobre la que versan. Estas características nos sirven para poner de relieve algunos problemas a que enfrenta la aplicabilidad de la lógica clásica al razonamiento jurídico como criterio formal de validez.

El carácter apofántico ha dado lugar a uno de los principales problemas a que se ha enfrentado la aplicabilidad de la lógica al razonamiento jurídico: el dilema de Jørgensen. Guastini opta por la solución a través del criterio de la “satisfacción”: “*aunque no se pueda razonar con normas, se puede sin embargo razonar con proposiciones fácticas que afirmen la satisfacción, la observancia, el cumplimiento, en definitiva, la efectividad de normas*”, por lo que la lógica sí puede aplicarse a las normas, pero sólo indirectamente, a través de proposiciones fácticas (como tales verdaderas o falsas) que versan sobre su “satisfacción” (pp.246-247).

En primer lugar, si se aplica la lógica clásica si quiera indirectamente, se asume que las premisas de una decisión jurídica están constituidas por enunciados verdaderos. Ello es así puesto que si se habla de “observancia,” “cumplimiento” de las normas habrá que conocer lo que estas establecen y si los hechos probados son los contemplados por las normas. Sin embargo, considero que *las múltiples premisas de una decisión judicial* no son sólo enunciados descriptivos de la existencia de enunciados jurídicos, pues la aplicación del derecho implica la formulación de *nuevas premisas (interpretativas, de validez, de determinación de los hechos, de solución de eventuales lagunas y antinomias, etc.)*, y la justificación del paso de unas premisas a otras nuevas y de estas a la decisión. Es decir, el punto de partida no es sólo el derecho *legal* sino también el derecho *interpretado*; este incluye valoraciones y por tanto sus enunciados no pueden ser calificados como verdaderos o falsos (salvo que se mantenga una posición objetivista en materia moral). Lo que hay que evaluar es si se trata razones correctas, incorrectas o mejores o peores que otras.

En segundo lugar, la lógica a que se apela como criterio formal de validez del razonamiento jurídico es la lógica clásica, y por tanto se omite toda valoración como criterio formal de validez a otro tipo de lógicas surgidas a partir de la segunda mitad del s. XX. Algunas sostienen que hay una pluralidad de sistemas lógicos aplicables a diferentes áreas específicas de discurso. Así, junto a la lógica tradicional (silogística aristotélica) y la lógica clásica se consideran lógica otros sistemas “análogos” como las lógicas “extendidas” (que se denominan así porque se consideran extensiones de la lógica clásica al añadir nuevo vocabulario lógico -“solía ser el caso que” y “sería el caso que”; “debe y puede”; “sabe y cree; “prefiere”); las lógicas “divergentes”: en cuanto tienen el mismo vocabulario que esta pero con diferentes axiomas o reglas; las lógicas “inductivas” que pretenden formalizar una noción de soporte análoga pero más débil que la de consecuencia lógica. Las diversas lógicas han hecho que se pongan en cuestión buena parte de las características de la lógica antes mencionadas: el carácter bivalente; el carácter

apofántico; el concepto de deducción, etc. En el terreno jurídico ha tenido especial eco, además de la lógica deóntica, la lógica *fuzzy*.

Respecto de las normas implícitas, Guastini defiende las mismas señalando que “*la formulación de tales normas, por parte de los juristas, es fruto de una operación meramente cognitiva: las normas implícitas, ... si bien no formuladas por autoridad normativa alguna, están lógicamente implícitas en normas explícitas (repito: sin agregar ulteriores premisas)*” (p.167). Distingue tres tipos de normas implícitas: (a) las que se extraen a partir de normas explícitas mediante razonamientos lógicamente válidos, es decir, deductivos, (b) las que se extraen por medio de razonamientos lógicamente no deductivos, p.ej., un entimema, el argumento analógico, el argumento a contrario en alguna de sus variantes, etc. y, (c) las que se derivan de una conjunción de normas explícitas y de asunciones dogmáticas o bien directamente sólo de asunciones dogmáticas (pp.166-168). Sostiene que sólo “*las normas implícitas del primer tipo pueden ser consideradas implícitas en sentido estricto (es decir, en sentido lógico) y, por tanto, por así decirlo, “positivas”, si bien no formuladas*” (p.171).

De un lado, considero excesivamente amplio hablar de “normas implícitas” como concepto que abarca esos tres tipos de normas jurídicas. Respecto de las normas implícitas (b) y (c) creo que hay que distinguir aquellos enunciados jurídicos que forman parte del ordenamiento porque el órgano competente (legislador) las ha publicado, y no han sido derogadas ni anulados, y las proposiciones formuladas por los juristas, formadas no sólo por enunciados jurídicos, sino también por teorías, asunciones dogmáticas, etc. y que no han sido tales porque no han sido emanadas por un órgano competente. Respecto de las normas implícitas (a), a lo dicho anteriormente sobre la aplicabilidad de la lógica al derecho, haya que añadir que algunas de las reglas de inferencia que se consideran forman parte de cualquier sistema de lógica no pueden ser consideradas como reglas de inferencia válidas en el razonamiento jurídico. Me refiero a las siguientes: a) $\neg Fp = Pp$ (Principio de permisión); b) “ $Pp \vee P \neg p$ ”, “ $Op \vee O \neg p$ ” o “ $Fp \vee F \neg p$ ” (Principio de tercero excluido); c) $Op \rightarrow Pp : Lo\ obligatorio\ está\ permitido$ (Ley de Bentham); d) $p \rightarrow Op$ (Principio de adición); e) $Op \rightarrow O (p \vee q)$ (Principio de introducción de la disyunción).

Crítica del libro

Interpretar y argumentar.

Riccardo Guastini

(2014) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
Madrid, 381 pp.

*Interpretar y/o argumentar**.

Isabel Lifante Vidal

Universidad de Alicante

isabel.lifante@ua.es

1. Introducción

En su libro *Interpretar y argumentar*, Riccardo Guastini presenta de manera ordenada y con la claridad que le caracteriza todas las tesis que sostiene en el ámbito de la teoría de la interpretación jurídica, en la que –al menos de momento– podríamos considerar su última formulación. Como en tantos otros temas, los análisis, distinciones y ejemplos de Guastini en materia de interpretación aportan un instrumental analítico cuya utilidad –incluso para aquellos que no comparten sus presupuestos– resulta difícilmente exagerable. De manera que nos encontramos ante una obra imprescindible para cualquier interesado en la teoría de la interpretación jurídica.

El libro ofrece un aparato conceptual que pretende cubrir todo el ámbito de la “interpretación jurídica”. Ahora bien, a la hora de acercarnos a la construcción guastiniana hemos de tener en cuenta dos consideraciones fundamentales. En primer lugar, hemos de ser conscientes de que dicho aparataje –como el propio Guastini reconoce– se basa en una serie de decisiones estipulativas que, por un lado, dejan fuera del ámbito de la “interpretación jurídica” muchas actividades a las que los propios juristas se refieren con ese nombre (me refiero, por ejemplo, a la interpretación de la costumbre o, más en general, a todo aquello que Guastini incluye bajo el rótulo de “construcción jurídica”¹) y, por otro lado, llevan a considerar

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho” DER2013-42472-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Con este rótulo, Guastini se refiere a todas aquellas actividades de reconstrucción del Derecho, encaminado fundamentalmente –aunque no sólo– a la formulación de normas no expresas (Guastini, 2014: 49 y ss.).

como interpretación también a las actividades de simple comprensión de un texto en ausencia de duda o controversia (incluyendo por tanto la atribución de significado irreflexiva e intuitiva, que -para otros autores- no sería considerada “interpretación”²).

En segundo lugar, debe notarse que la teoría de la interpretación jurídica de Guastini no tiene realmente como objeto la actividad interpretativa, sino el producto de dicha actividad, su resultado: fundamentalmente los enunciados interpretativos. Dicho de otro modo, la suya sería más una teoría acerca de la *naturaleza* de los enunciados interpretativos que una teoría acerca de la *naturaleza* de la actividad interpretativa. En ese sentido podemos considerar que el título del libro, al optar por utilizar la forma gramatical de los infinitivos (“interpretar” y “argumentar”), puede inducir a confusión al sugerir que su contenido se centra en la interpretación como actividad; es más, el título puede inducir a una doble confusión al llevarnos a pensar también que se va a sostener que dicha actividad es de naturaleza argumentativa, cuando en realidad la única “actividad” que Guastini analiza como actividad interpretativa sería la consistente en “formular enunciados interpretativos”³.

Lo que a continuación presento no pretende ser ni una valoración general de esta obra, ni mucho menos de la teoría de la interpretación jurídica de Riccardo Guastini. Dejaré de lado todo lo que considero aciertos, que son muchos, y me limitaré a poner de relieve –como invitación a la discusión– algunos de los presupuestos de dicha teoría que en mi opinión resultan problemáticos. Por supuesto, no hay nada criticable en redefinir el objeto de un análisis, sobre todo si – como hace Guastini– se lleva a cabo abiertamente y se muestran las razones que justifican diferenciar o asimilar distintas cosas. Ahora bien, creo que algunos de los presupuestos que subyacen a las opciones conceptuales guastinianas pueden acabar generando una visión distorsionada (o, cuanto menos, parcial) de en qué consiste la práctica interpretativa⁴, fundamentalmente al dejar fuera de su caracterización (por considerar que entrarían dentro de las cuestiones ideológicas – que son consideradas puramente arbitrarias, y por tanto no incorporables a una teoría⁵) la pretensión de corrección implícita en toda actividad interpretativa, y que queda oculta en su análisis.

² Guastini reconoce que la actividad de mera comprensión y la decisión consciente, resultado de un proceso de análisis y reflexión, son distintas entre sí. Sin embargo considera que no hay razones para reservar el nombre de “interpretación” a una de ellas; ambas serían “interpretación”, pues considera –siguiendo a Tarello– que no hay significado sin interpretación. Acepta, sin embargo, que habría que distinguir dos tipos de significado, el *prima facie* y el *all-things-considered*, que “resultan de operaciones mentales distintas” (Guastini, 2014: 343). Estas dos operaciones coincidirían con lo que Gianformaggio (1987) propone denominar interpretación como actividad noética y como actividad dianoética, respectivamente.

³ Para aclarar lo que quiero decir resulta relevante volver a utilizar la distinción que realiza Gianformaggio (1987) entre los diversos sentidos de la interpretación como actividad. A dos de ellos (la interpretación como actividad noética y como actividad dianoética) hemos hecho referencia en la nota anterior, pero Gianformaggio incorpora otro sentido: la interpretación como actividad lingüística. Se trata de “una enunciación de un enunciado interpretativo”, que a su vez puede ser el resultado de una actividad en cualquiera de los otros dos sentidos. Pues bien, creo que Guastini se ocupa sólo de esta última actividad.

⁴ En un trabajo anterior (Lifante Vidal, 2012) me ocupé con más detalle de analizar los problemas que puede plantear el “abuso” de algunas de las distinciones guastinianas.

⁵ Esto tiene que ver con el escepticismo en el ámbito de la razón práctica que sostiene Guastini y que le lleva en ocasiones a considerar como “arbitrario” cualquier razonamiento que vaya más allá de la lógica.

2. Sobre la delimitación conceptual de la interpretación jurídica

2.1. *La interpretación jurídica es interpretación de textos*

Guastini señala que, cuando hablamos de interpretación en el ámbito jurídico, hacemos referencia a la actividad (o al resultado) de constatar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico⁶ (Guastini, 2014: 25), y a partir de aquí considera una “obviedad” el hecho de que la interpretación jurídica pertenezca al “género de la interpretación de textos”. Esta afirmación no sería de mayor trascendencia si no fuera porque Guastini parece además considerar dicha calificación como incompatible con la pertenencia de la actividad interpretativa a cualquier otro posible “género”.

Para analizar el alcance que tiene la subsunción de la interpretación jurídica en el género de la interpretación de textos, debemos tener en cuenta un presupuesto que Guastini recoge de pasada al comienzo del libro, y en el que apenas se detiene por considerar igualmente obvio. Me refiero a su tesis de que no es posible reconducir a un único concepto (que pretenda mantener alguna utilidad) las distintas cosas que en el uso común son llamadas “interpretación” (Guastini, 2014: 22); de modo que en su opinión sería imposible construir una teoría “general” de la interpretación que diera cuenta de los distintos “géneros interpretativos”. A nadie se le escapa que este presupuesto tiene como objetivo –o al menos como consecuencia– presentar como una empresa sin sentido cualquier teoría de la interpretación de orientación hermenéutica (incluida la de Dworkin).

Pero volvamos a las tesis de Guastini. En su opinión no se puede construir una teoría general de la interpretación porque bajo esta palabra nos referimos a cosas muy distintas entre sí. Lo único que nos puede permitir unificar a algunas de estas cosas sería –para Guastini– el tipo de objeto sobre el que se realiza la actividad. Es decir, lo que rige la caracterización de los distintos géneros interpretativos es, para Guastini, el tipo de objeto a interpretar. En este sentido habría “interpretación de textos”, “interpretación de prácticas sociales”, “interpretación de acciones humanas”, “interpretación de hechos naturales”... y las actividades que son llamadas “interpretación” en cada uno de esos casos no tendrían en común nada con los otros. De este modo, para Guastini la interpretación jurídica (que es considerada como un supuesto de interpretación de textos jurídicos) pertenecería al mismo género que, por ejemplo, la interpretación literaria o la interpretación epistolar. Y no pertenecería al mismo género que la interpretación de una costumbre.

Ahora bien, aunque es cierto que con el término “interpretación” hacemos referencia a actividades muy distintas que se desarrollan en contextos y con finalidades diversas, y que una teoría general de la interpretación que no se ocupe de las especificidades de cada caso sería poco útil, eso no implica que no se pueda construir un concepto de interpretación que unifique algunos géneros interpretativos y que tenga utilidad; es decir, un concepto sobre el cual tenga sentido teorizar aunque sea en un nivel muy abstracto. Por otro lado –y lo que me parece más relevante– hay que tener en cuenta que la selección de un género, al menos en el ámbito de las ciencias sociales, no viene impuesta por el mundo. Bien podríamos

⁶ En realidad, ésta es la aproximación a la interpretación jurídica que Guastini ofrece en un principio, porque –como veremos– luego acaba restringiéndola a la actividad (o resultado) de *decidir* el significado.

haber seguido una estrategia distinta y haber elegido otro criterio para conformar los géneros, como por ejemplo los objetivos perseguidos por los intérpretes o los valores que rigen en la práctica en la que el intérprete se integra (en este sentido conviene recordar que cualquier actividad interpretativa siempre está inserta en una práctica social y que sería imposible interpretar al margen de la misma⁷). Esto último sería precisamente lo que hace Dworkin (2011: 134 y ss.) al distinguir diversas “ocasiones” interpretativas, que se caracterizarían por la relación que se establece entre el intérprete y el objeto a interpretar y considerar que la interpretación jurídica pertenecería a lo que denomina “interpretación colaborativa”, es decir, aquélla en la que el autor del objeto a interpretar y el intérprete compartirían el propósito perseguido por el proyecto en el que ambos participan (en este caso, la práctica jurídica). Por supuesto cabría llevar a cabo una interpretación de textos jurídicos en otra clave (una interpretación sociológica, por ejemplo) que no tendría como finalidad contribuir a la conformación de la práctica jurídica y en ese sentido ya no sería una “interpretación colaborativa” en la terminología dworkiniana; pero es importante darse cuenta de que eso no sería “interpretación jurídica” en sentido estricto, al menos no la que entendemos que hacen los juristas (teóricos o prácticos) en cuanto tales, es decir, en su tarea de determinar qué concretos derechos y obligaciones establece un determinado Derecho. En este sentido creo que la “interpretación jurídica” no sería cualquier interpretación que pueda ser realizada sobre un texto que forma parte del Derecho, sino aquella que se realiza con el objetivo práctico de ayudar a conformar la práctica jurídica. La interpretación jurídica no es simplemente una interpretación de textos, sino una interpretación en el seno de una práctica normativa vinculada a textos. Incluso el propio Guastini (2014: 89 y ss.) cuando se ocupa de los principales intérpretes en el ámbito jurídico señala exclusivamente a los jueces (y otros órganos jurídicos) y a la doctrina, es decir, sólo casos claros de participantes en la práctica jurídica.

De este modo, si lo que tenemos en cuenta es el objetivo de la interpretación, podríamos sostener que la “interpretación jurídica” está mucho más cercana a la interpretación de una regla social –consuetudinaria–, o a la interpretación del gesto de un padre a su hijo con el que le indica que se vaya a la cama, que a la interpretación de un poema o de un manual de geología. Dicho de otro modo, ya no resulta tan “obvio” que sea más útil tomar como “criterio rector” para conformar el género de la interpretación jurídica el hecho de que se trate de una interpretación que versa sobre textos, y no el hecho de que se trate de una actividad encaminada a resolver problemas prácticos, a determinar qué se debe o puede hacer en un determinado contexto normativo.

2.2. *La interpretación jurídica “por antonomasia” es la interpretación decisoria*

Guastini considera fundamental distinguir entre la interpretación cognitiva, la interpretación decisoria y la interpretación creadora. Se trata de diversos sentidos de interpretación que hacen referencia, respectivamente, a un acto de conocimiento, a un acto de decisión y a un acto de creación normativa (Guastini, 2014: 45 y ss.).

⁷ También Guastini pone de relieve el aspecto necesariamente social y convencional de la interpretación, por ejemplo cuando considera que los distintos significados que puede adoptar un texto, o las fuentes de indeterminación son variables dependientes de las prácticas interpretativas (cfr. Guastini, 2014: 62 y ss.). Claro está que su concepto de práctica social no incorporaría sin embargo el elemento valorativo al que aquí estoy haciendo referencia.

La *interpretación cognitiva* consistiría en identificar los distintos significados posibles de un texto normativo sin escoger ninguno de ellos; utilizando la terminología kelseniana diríamos que se trata de identificar el marco de significados posibles. La interpretación decisoria consistiría en escoger un significado determinado, descartando los restantes. Cuando el significado atribuido se encuentra entre los significados identificados por la interpretación cognitiva, es decir, dentro del “marco”, nos encontramos ante la *interpretación decisoria estándar*, pero cuando se produce al margen de ese marco, nos encontramos ante un caso de *interpretación creadora*. De modo que podríamos decir que la interpretación creadora es en realidad para Guastini un subtipo de interpretación decisoria (el tipo de acto sería el mismo: decisorio); la peculiaridad de la interpretación creadora (frente a la interpretación decisoria estándar) no consiste en que se trata de un acto de naturaleza distinto, sino en el hecho de que el significado atribuido no se encuentra entre los identificados por una interpretación cognitiva previa⁸.

Según esta presentación, la interpretación “*cognitiva*” consiste en identificar, sin elegir entre ellos, los posibles significados de un texto normativo. Y dado que para Guastini los significados posibles de una disposición normativa dependen de las prácticas interpretativas, se trataría simplemente de recolectar las distintas interpretaciones-resultado realizadas por los distintos intérpretes. Pero si utilizamos aquí una distinción que ha realizado el propio Guastini (1999: 205) entre lo que sería un discurso “interpretativo” y un “discurso descriptivo de interpretaciones” (el discurso que constata, a nivel de metalenguaje, que, de hecho, un texto ha sido interpretado de una determinada forma por parte de alguien”), podríamos decir que en este último caso no estaríamos ante una actividad propiamente interpretativa, sino ante la constatación de las distintas interpretaciones realizadas por otros⁹. Ahora bien, la actividad de “interpretar” en sentido estricto no consistiría en esto. Esta misma idea es la que parece aceptar Guastini cuando considera que la interpretación *por autonomásia* es la decisoria y no la cognitiva¹⁰. Para explicar la contraposición entre estos dos tipos de actos, Guastini se remite a la oposición constatativo/performativo de J.L. Austin:

“La distinción entre enunciados cognitivos y enunciados decisorios no puede ser captada usando el usual par oposicional descriptivo *versus* prescriptivo [...]. El abanico conceptual adecuado para captar la distinción es más bien la oposición que se encuentra en algunos escritos de J.L. Austin: “constatativo” *versus* “performativo” [...] Los enunciados propios de la interpretación cognitiva realizan un (común) acto lingüístico “constatativo”. Los enunciados propios de la interpretación decisoria realizan un acto lingüístico distinto y no reducible a otros: precisamente, el acto lingüístico de interpretación decisoria

⁸ Otra cosa serían los supuestos que Guastini llama de “construcción” (mucho más frecuentes) y en los que se trata fundamentalmente de formular normas implícitas y no de atribuir un significado nuevo a una disposición. Estos supuestos de construcción han de ser –en opinión de Guastini– distinguidos de la interpretación (no cabe reconducirlos al esquema del enunciado interpretativo).

⁹ También Barberis lleva a cabo un comentario similar, señalando que esta interpretación cognitiva, que Guastini suele considerar asimilada a la definición lexicográfica, indica en realidad no interpretación, sino descubrimiento [*rilevazione*] de la interpretación realizada por otros (Barberis, 2000: 21-22).

¹⁰ Como señala Guastini, los enunciados interpretativos (T significa S) pueden ser ambiguos desde un punto de vista pragmático porque pueden ser usados para realizar dos actos lingüísticos distintos: E1: “Yo adscribo a T el significado S” (interpretación decisoria); o E2: “Yo constato que a T se le ha adscrito el significado S” (interpretación cognitiva). Parece obvio que una teoría de la interpretación se ha de ocupar de los primeros.

(del todo análoga a la redefinición [...]), que es además la *interpretación por antonomasia*" (Guastini, 2014: 53, nota 62. La cursiva es mía).

La actividad en la que consiste la interpretación decisoria (que –recordemos– sería la interpretación por antonomasia) es presentada por Guastini como un acto de decisión: la elección de una de las diferentes opciones previamente identificadas a través de la interpretación cognitiva (al menos en el caso de la interpretación decisoria estándar; en el caso de la creadora, la selección recaería sobre un significado al margen del "marco"). Pero, ¿qué sentido tiene decir que la naturaleza de la interpretación es la de ser un "acto de decisión"? Para contestar a esta pregunta hay que tener en cuenta la otra opción fundamental de la teoría de la interpretación de Guastini: su objeto de estudio no es en realidad la actividad o el proceso interpretativo, sino su producto, el resultado de la interpretación. Sobre ello volveré a continuación.

3. Sobre el objeto de la teoría de la interpretación

Como ya hemos dicho, Guastini opta por considerar que el objeto de análisis de una teoría de la interpretación han de ser los enunciados interpretativos (o los significados atribuidos a través de ellos), pero no la actividad o los procesos interpretativos en sí. Veamos cómo justifica esta opción.

Para Guastini la interpretación en cuanto actividad constituye una actividad mental, un proceso psicológico. Pero, dado que en cuanto actividad mental no sería susceptible de análisis, sostiene que es mejor considerarla como "actividad discursiva":

"dicho de otro modo, someter a análisis no ya la interpretación en cuanto tal (la interpretación en cuanto actividad), sino más bien su producto 'literario', es decir, el discurso de los intérpretes" (Guastini, 2014: 51).

Guastini considera que el "producto" de la interpretación puede ser entendido o bien como los "enunciados interpretativos" o bien como "el significado adscrito al texto mediante tales enunciados". Y en este sentido se detiene a analizar tanto la estructura lógica de los enunciados interpretativos (distinguiendo los correspondientes a la interpretación en abstracto y en concreto; a la interpretación cognitiva y a la decisoria, etc.), como también una clasificación de tipos de significado atribuido (prima facie/todo considerado, originario/actual, contextual/a-contextual, etc.). A partir de aquí pueden hacerse dos observaciones. La primera tiene que ver con la exclusión de la argumentación interpretativa del ámbito de análisis del producto de la interpretación, y la segunda (relacionada con la primera) con la exclusión de la pretensión de corrección que incorporan los enunciados interpretativos.

3.1. *La interpretación como "actividad discursiva"*

Si lo que nos interesa es ver a la interpretación como actividad discursiva creo que hay una posible opción no contemplada por Guastini. El producto literario de una actividad interpretativa también podría verse –y ser analizada– como una reconstrucción de la reflexión/argumentación que lleva a la decisión, y no solo como la decisión (bien sea en su vertiente de enunciado lingüístico, o bien como el significado atribuido), que es lo que realiza Guastini al considerar que la interpretación como actividad discursiva ha de ser reducida a los enunciados interpretativos.

La “decisión interpretativa”, la opción por uno de los significados disponibles, sería la última fase, el resultado de un proceso; pero para llegar ahí ha sido necesario realizar una cierta actividad previa a la toma de decisión, una actividad deliberativa consistente en tomar en cuenta convenciones lingüísticas, construcciones dogmáticas, deliberar, ponderar razones a favor o en contra de las opciones, etc. La actividad de “interpretar” acabaría con un momento decisivo, pero interpretar no consiste sólo –ni fundamentalmente– en decidir, sino en llevar a cabo la actividad que conduce a la decisión. De este modo, decir que la actividad interpretativa consiste en “decidir”, parece obviar la cuestión relevante: ¿cómo se decide?, ¿qué tipo de razones se admiten para justificar la elección en este ámbito concreto?

Es cierto que en su libro Guastini también ofrece un rico análisis de una multiplicidad de argumentos interpretativos, de su estructura, etc. Pero son vistos podríamos decir “atómicamente”, y no hay ninguna referencia a la “argumentación interpretativa” como proceso discursivo que lleva precisamente a la conclusión de atribuir un determinado significado a una disposición jurídica, es decir, a la decisión. Vista así, esta argumentación también pertenece al “discurso del intérprete” y podría (en mi opinión debería) integrar el objeto de análisis de una teoría de la interpretación jurídica. Ahora bien, si tomamos en cuenta las argumentaciones interpretativas y no sólo sus conclusiones (los enunciados interpretativos), la distinción entre interpretación y construcción (que tanto preocupa a Guastini) se difumina. A diferencia de la “interpretación” propiamente dicha, que sería la atribución de significado a un texto, la “construcción jurídica” incluiría gran cantidad de operaciones, entre las que Guastini menciona:

- (a) “la creación de lagunas axiológicas;
- (b) la elaboración de normas no expresadas o ‘latentes’ (‘reglas’ o ‘principios’, según los casos) que se pretenden implícitas, (b1) para colmar tales lagunas o (b2) para concretar principios;
- (c) la creación de jerarquías axiológicas entre normas;
- (d) la ponderación entre principios en conflicto
- (e) la solución de (ciertas) antinomias” (Guastini, 2014: 49).

Ahora bien, el riesgo de la presentación de Guastini se encuentra en que genera la apariencia de que nos encontramos ante actividades no sólo distintas, sino también incompatibles: si algo es integración, o construcción –parece sostener Guastini–, entonces no es interpretación. La interpretación en sentido estricto parece excluir, por definición, las actividades de construcción jurídica. Si ello es así, nos encontramos ante una falsa oposición entre la “interpretación” y la “construcción jurídica”, y ello porque aunque es cierto que no todas las actividades que se integran en la llamada construcción jurídica serían realizadas con el objetivo de llevar a cabo una interpretación, la actividad interpretativa requiere realizar, si no siempre al menos en la gran mayoría de las ocasiones, el tipo de actividades que Guastini consideraría como construcción jurídica¹¹. Son precisamente esas actividades que aquí se incluyen (ponderación de principios, jerarquización de valores, construcciones sistemáticas, etc.), y a las que Guastini deja fuera del objeto de estudio de la teoría de la interpretación jurídica, las que resultan necesarias para conducir a las propuestas de significados que se considerarían “atribuibles” a una disposición y que se integrarían por tanto en la interpretación cognitiva y también

¹¹ En un sentido similar, Barberis también señala que Guastini no consigue distinguir adecuadamente entre la interpretación en sentido estricto y la integración del Derecho (Barberis, 2000: 22).

serían este tipo de actividades las que se requieren para evaluar y comparar entre sí los distintos significados *prima facie* atribuibles a una disposición antes de elegir uno de ellos (interpretación decisoria).

De este modo, creo que para dar cuenta adecuadamente de en qué consiste la interpretación hemos de tomar en cuenta conjuntamente los diversos sentidos señalados por Guastini. La interpretación ha de verse como un proceso que pasa por distintas fases. Mientras que la primera fase se asemejaría bastante a lo que Guastini considera como una actividad cognitiva, la última requeriría la toma de una decisión. Pero entre ellas necesitamos una actividad de construcción: sistematización de las normas jurídicas, ponderación de principios, resolución de antinomias, etc.

3.2. *Los actos interpretativos como actos adscriptivos*

Pero volvamos a los enunciados interpretativos y a su naturaleza. Como hemos visto antes, para Guastini los enunciados interpretativos (que –recordemos– tienen la forma “T significa S”) pueden ser ambiguos desde un punto de vista pragmático, dado que pueden ser usados para realizar dos actos lingüísticos distintos: E1: “Yo adscribo a T el significado S” (interpretación decisoria); o E2: “Yo constato que a T se le ha adscrito el significado S” (interpretación cognitiva). Pero, en sentido estricto, sólo el primero de ellos sería el que se corresponde con un acto interpretativo y, por tanto, una teoría de la interpretación se ha de ocupar fundamentalmente de él.

Ahora bien, si yo considero que “T significa S” (le adscribo ese significado) es no sólo porque lo he decidido, sino porque creo que T *debe ser* interpretada de esa manera. Incurriríamos en una contradicción pragmática si yo dijera al mismo tiempo “Yo adscribo a T el significado S” y “Yo creo que hay mejores razones para atribuir a T un significado distinto a S”. En realidad, todo acto de habla interpretativo incorpora una pretensión de corrección, de modo que una manera de traducir más completamente un acto interpretativo sería: “Yo creo que es *mejor* atribuir a T el significado S que cualquier otro posible significado”, que por tanto nos compromete con sostener también “Yo creo que al texto T *debe* atribuirse el significado S”. Creo que es a esta misma idea a la que apunta Ruiz Manero cuando sostiene que Guastini no tendría en cuenta el hecho de que la dirección de ajuste de los enunciados interpretativos sería de mundo a palabras: “la empresa interpretativa se orienta a *justificar* (y no a descubrir) la adscripción de significados que se consideran correctos como fundamento de las decisiones aplicativas futuras” (Ruiz Manero, 2012: 210).

Cuando Guastini analiza lo que denomina “ideologías” de la interpretación, analiza algunos de los contenidos que se han pretendido dar por parte de esas “ideologías” a los criterios de corrección, pero lo hace con el objetivo de mostrar la falta de acuerdo y los problemas que plantean esas opciones. Con ello, Guastini parece considerar justificada la necesaria exclusión de esta cuestión por parte de cualquier teoría de la interpretación¹². Pero una cosa es discutir en qué consiste el criterio de corrección, que obviamente es una cuestión comprometida ideológicamente (pues dependerá de cómo interpretemos el valor que atribuimos a

¹² Cfr. Guastini, 2014: 345-346.

la existencia del propio Derecho¹³), y otra cosa distinta es constatar que la práctica interpretativa incorpora necesariamente dicha pretensión. Una teoría de la interpretación jurídica que no integre este elemento resulta, en mi opinión, distorsionadora.

En realidad, aceptar que los actos interpretativos incorporan siempre una pretensión de corrección no resultaría inconsistente con la concepción de la naturaleza adscriptiva de estos actos, ni por supuesto tampoco con la idea de que el proceso interpretativo es un proceso discursivo en el que se aportan razones para avalar la decisión¹⁴. Para entender el porqué del énfasis guastiniano en esta exclusión, habría que incorporar el último (o quizás sería mejor decir el primero) de los presupuestos implícitos en la teoría de Guastini: su escepticismo en materia de racionalidad práctica en general. Este escepticismo es el que le lleva a considerar que todas las opciones adscribibles a un texto (todas aquellas que hayan sido o puedan llegar a ser sostenidas por algún intérprete¹⁵) son “igualmente plausibles” (Guastini, 2014: 351). Desde esta perspectiva, las decisiones interpretativas son – para Guastini- actos de voluntad puramente arbitrarios, porque igualmente arbitrario resultaría atribuir uno u otro valor a la práctica jurídica.

BIBLIOGRAFÍA:

- ATIENZA, M. (2010). “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho”, en Lifante Vidal, I. (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Palestra, Lima, pp. 67-91.
- BARBERIS, M. (2000). “Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise”, en *Analisi e diritto*, pp. 1-37.
- DWORKIN, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass; London.
- GIANFORMAGGIO, L. (1987). “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, trad. J.A. Pérez Lledó, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 4, pp. 87-108.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona.
- GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*, trad. S. Álvarez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LIFANTE VIDAL, I. (2012). “Distinciones y paralogismos. A propósito del escepticismo guastiniano”, en *Discusiones*, nº 11, pp. 59-85.
- LIFANTE VIDAL, I. (2015). “El Derecho como práctica interpretativa”, en Sauca Cano, J.M. (ed.) *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 159-180.
- RUIZ MANERO, J. (2012). “Epílogo. Interpretación y direcciones de ajuste”, en *Discusiones*, nº 11, pp. 203-219.
- TARELLO, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.

¹³ Esta sería la tesis que sostiene Dworkin, en mi opinión muy acertadamente (me he ocupado de ello en Lifante Vidal, 2015).

¹⁴ No encajaría, sin embargo, con la equiparación en la que tanto insiste Guastini entre interpretación y definición.

¹⁵ En un trabajo anterior (Lifante Vidal, 2012) pretendí argumentar que el intento de Guastini de defender una concepción escéptica de la interpretación pero de carácter “moderado” resultaba infructuoso.

Una réplica... sin pretensiones. Respuesta a Victoria Iturralde Sesma e Isabel Lifante Vidal¹

Riccardo Guastini
Tarello Institute for Legal Philosophy

Agradezco mucho a José María Sauca, que ha propiciado esta discusión, como así también a Isabel Lifante y Victoria Iturralde, que han participado: a todos ellos les agradezco de corazón. La atención, quizá inmerecida, con la cual Isabel y Victoria han leído y finamente comentado mi libro sobre la interpretación me halaga mucho. Lamentablemente, creo que desilusionaré sus expectativas, porque no responderé puntualmente a todas las cuestiones –demasiadas y en algún caso demasiado complejas– tratadas. Temo también que repetiré (no sabiendo hacer de mejor manera) cosas ya dichas en precedentes discusiones sobre estos temas (*Discusiones*, 5, 2012; *Revista de filosofía del derecho*, 1, 2013).

1. Mi libro se asienta casi completamente sobre un simple aparato conceptual, constituido por una cadena de distinciones (dicotómicas): (a) Interpretación en abstracto vs. Interpretación en concreto; (b) Interpretación cognitiva vs. Interpretación decisoria; (c) Interpretación (decisoria) propiamente dicha vs. Construcción jurídica (la última distinción entre interpretación decisoria e interpretación creativa puede ser descuidada sin daño).

Pues bien, quisiera preliminarmente resaltar que ninguna de las distinciones (estas y otras) introducidas en mi libro pretende capturar el complejo fenómeno “interpretación” completamente. Cada una de ellas, más modestamente, busca solamente arrojar una luz (sólo una) sobre uno (sólo uno) de sus múltiples aspectos. Cada una es, en conclusión, nada más que un instrumento (conceptual) de análisis del discurso interpretativo. Como un paso puede ser visto, fotografiado, o pintado desde diversos ángulos, de esta manera también la interpretación puede ser analizada desde diversos puntos de vista, con diversos instrumentos: cada distinción que he construido no es otra cosa que uno de los puntos de vista posibles. Otros instrumentos conceptuales pueden perfectamente poner en evidencia cuestiones que mis distinciones omiten de iluminar.

2. Isabel y Victoria, si no entiendo mal, objetan la distinción entre interpretación cognitiva y decisoria, y ponen en duda la utilidad del concepto de interpretación cognitiva.

Claro que es totalmente posible que haya construido los dos conceptos de manera insatisfactoria. Y sin embargo, incluso con todas las cautelas necesarias, ¿cómo se pudo desconocer la diferencia entre ambas? Esta distinción, después de

¹ Traducción de Pedro Caballero, de la Universidad Nacional Autónoma de México.

todo, no tiene nada realmente original: reproduce banalmente la conocida y habitualmente aceptada distinción informativa y definición estipulativa (en particular: redefiniciones), extendiéndola de términos y/o sintagmas, que son típicamente objeto de definición, a enunciados completos, que son objeto (no propiamente de definición, sino) de interpretación.

La equivocidad de los textos jurídicos es una cosa compleja y multiforme. Pero, por simplicidad, tomemos un ejemplo fácil. El art. 101, inc. 2, de la constitución italiana establece que «Los jueces están sujetos sólo a la ley». Del otro lado, otras disposiciones constitucionales (art. 77, inc. 2, e implícitamente el art. 76) confieren a ciertos actos de Gobierno la misma «fuerza» de ley. Pues bien, ¿debemos retener que los jueces se encuentren sujetos sólo a la ley formal (i.e. la ley entendida en sentido estricto: acto del Parlamento), o también a los actos gobernativos dotados de fuerza de ley?

La interpretación cognitiva [IC] del art. 101, inc. 2, asumirá la siguiente forma:

[IC] El art. 101, inc. 2, puede significar (i) que los jueces están sujetos sólo a la ley formal, o (ii) que los jueces están sujetos a la ley y a los actos gobernativos dotados de fuerza de ley.

La interpretación decisoria [ID], a su vez, asumirá una u otra de las siguientes formas:

[ID.1] El art. 101, inc. 2, significa que los jueces están sujetos sólo a la ley formal, o en cambio,

[ID.2] El art. 101, inc. 2, significa que los jueces están sujetos a la ley y a los actos gobernativos dotados de fuerza de ley.

Repite: ¿cómo se puede desconocer la diferencia lógica entre interpretación cognitiva e interpretación decisoria?

Por otro lado, la interpretación decisoria presupone lógicamente (no psicológicamente) la interpretación «cognitiva», o sea la identificación de los significados admisibles para el texto del que se trata.

Se entiende que los significados admisibles, como bien dice Victoria, dependen no sólo de las reglas (sintácticas y semánticas) de la lengua, sino también y sobre todo, de las creencias y teorías compartidas por la comunidad lingüística, y en particular, en lo que concierne a la interpretación jurídica, por la «comunidad» de los juristas. Concretamente, el significado (admisible) de los textos jurídicos está condicionado por la metodología de la interpretación y por la doctrina elaborada por la dogmática. Además, como observa Victoria, por las valoraciones de los intérpretes: no creo haberlas olvidado en mi libro.

Frecuentemente, los juristas –salvo quizá cuando escriben manuales universitarios– se dedican principalmente a la interpretación decisoria, o sea, adscriben a uno u otro texto normativo un significado determinado, descartando otros significados igualmente plausibles, y buscan acreditarlo como «el» (es decir, el único) significado correcto. Sin embargo, también la interpretación cognitiva –se encuentra un ejemplo magistral en el libro de Kelsen sobre la Carta de las Naciones Unidas– es una práctica común de los juristas: hecha luz sobre la equivocidad de las formulaciones normativas como así también la vaguedad de las normas.

Admito, por otro lado, que la interpretación cognitiva permanece, por así decirlo, “suspendida” entre la interpretación propiamente dicha (atribución de significado a un texto) y previsiones de otros tipos de interpretaciones. Me pregunto, sin embargo, si las dos cosas no sean pragmáticamente equivalentes, teniendo en cuenta que difícilmente alguien, haciendo interpretación cognitiva, censaría como significado posible de una determinada disposición un significado del todo estrambótico e implausible.

Es verdad, más bien, que –como sugiere Victoria– los enunciados característicos de la interpretación cognitiva admiten, a su vez, dos interpretaciones: una descriptiva y una prescriptiva. Pueden ser entendidos alternativamente:

(a) como *previsiones* entorno a las orientaciones interpretativas futuras (sobre todo de los órganos de aplicación): “La disposición D será probablemente interpretada en el sentido N1 o en el sentido N2”; o

(b) como *directivas* interpretativas (dirigidas a los órganos de aplicación) que circunscriben el área de significados “correctos”: “La disposición D admite la interpretación N1 y N2, y no otra” (en el sentido que ambas son “correctas”, mientras cualquier otra sería “incorrecta”).

Es evidente que previsiones y directivas son dos cosas conceptualmente distintas: en la segunda interpretación, los enunciados en cuestión tienen naturaleza prescriptiva, no descriptiva. Aunque un concepto puramente descriptivo (predictivo) de interpretación cognitiva me parece perfectamente sensato.

La interpretación cognitiva no consiste en adoptar un método interpretativo determinado (poco importa cuál sea) para “describir” el único significado “correcto”, sino al contrario en exponer “imparcialmente” los diversos métodos disponibles en la cultura jurídica existente, para poner en evidencia la equivocidad –los diversos significados posibles– del texto interpretado. Y esto no tiene otro objetivo plausible que el de prever (en la medida en que sea posible) las posibles interpretaciones futuras.

Es obvio, por otra parte, que para prever las decisiones interpretativas futuras no se pueda no tener en cuenta las decisiones interpretativas pasadas (si las hubiera). La interpretación cognitiva no es netamente distingible de la meta-jurisprudencia descriptiva.

3. Soy consciente que ni siquiera la distinción entre interpretación en sentido estricto y la construcción jurídica está libre de problemas.

El problema principal es tal vez este: ¿dónde se encuentra el límite entre normas expresas y normas “implícitas” (me refiero a normas expresas, no formuladas, que raramente están *lógicamente* implícitas en otras normas)?

La línea de demarcación entre interpretación decisoria y construcción jurídica es claramente un límite muy lábil: es fluido, borroso; entre las dos cosas hay continuidad. Esto es similar a decir que en muchos casos puede ser controvertido si una determinada tesis doctrinal o jurisprudencial sea fruto de una simple interpretación o en cambio de una genuina construcción. O, dicho de otra manera, puede ser controvertido si una determinada norma sea expresa, fruto de una “normal” actividad interpretativa, o en cambio inexpressa, fruto de una genuina “creación intersticial” de derecho por parte de los intérpretes.

Tomemos por ejemplo uno de los problemas de interpretación del art. 2 de la constitución italiana, que califica como “inviolable” ciertos derechos (no precisados). ¿Se trata de una mera fórmula declamatoria –característica del lenguaje retórico comúnmente utilizado por los redactores de textos constitucionales– y como tal carente de cualquier contenido normativo preciso, o en cambio significa que los derechos en cuestión están sustraídos de la revisión constitucional? Pues bien, ¿la norma “Los derechos de los cuales el art. 2 no son susceptibles de revisión constitucional” es una mera interpretación de aquella fórmula o es en cambio una norma tácita? Se pueden aducir buenos argumentos sea en un sentido que en el otro.

El punto es que no existe una clara distinción entre lo que un texto significa y lo que su significado implica. No por nada, según algunos autores el significado de un enunciado no es otra cosa que el conjunto de sus implicaciones, el conjunto de inferencias que este consiente.

Aprovecho la ocasión para mencionar que distinguir entre (mera) interpretación e integración (“constructiva”) del derecho no tiene función “normativa”, es decir, no sirve para distinguir entre operaciones correctas o incorrectas. No pienso que la interpretación sea algo recomendable, y la construcción jurídica en cambio algo criticable. La distinción puede ser usada con fines puramente analíticos de meta-jurisprudencia descriptiva, o sea, en la descripción de la jurisprudencia (entendida aquí como “*prudentia juris*”). Me parece muy interesante –incluso con fines predictivos– saber si una determinada norma sea, digamos así, de fuente legislativa o en cambio de fuente jurisprudencial. Aunque si la “creación intersticial” de derecho, por parte de juristas y jueces, sea algo políticamente justificado (a la luz de algún valor a precisar) es otra cuestión, esta sí normativa, extraña como tal a la ciencia del derecho.

4. No puedo dejar de decir algo sobre una cuestión que es muy sentida por Isabel. Ella sostiene, con vigor, que la interpretación tiene una “pretensión de corrección”.

En primer lugar, es necesario preguntarse si esta tesis pretende ser una tesis conceptual, relativa al concepto mismo de “interpretación”, por lo que cada (sucediente) interpretación que no pretendiese ser correcta no sería una interpretación genuina. Si esto piensa Isabel (pero no estoy seguro), muy bien: no tengo nada que objetar (por la razón que aduciré en un momento). Pero, no me parece una redefinición interesante del concepto de interpretación: tanto por el modo en el que está formulada, como también porque no veo precisamente a cuáles prácticas interpretativas excluiría del concepto de interpretación. En suma, no veo qué ventaja aporte a la teoría.

Dicho esto, es necesario preguntarse a qué se refiere la expresión “pretensión de corrección”.

Prima facie, una pretensión parecería referirse a un estado psicológico de los intérpretes. Sobre esto podemos hacer conjeturas, pero, en cuanto estado psicológico, no podemos aceptarlo (no teniendo acceso a la mente de los demás). Además, me parece arriesgado adscribir (conjeturalmente) este estado psicológico a cualquier intérprete en cualquier circunstancia. A fin de cuentas, entendida de esta manera, la “pretensión” en cuestión me parece del todo irrelevante para la teoría de la interpretación.

Descartada esta posibilidad, hablar de “pretensión de corrección” se revela como un modo enfático de decir una cosa más bien obvia, que es habitual para los

juristas y obligatoria para los jueces, motivar sus decisiones interpretativas, o sea, *aducir razones*. Por esta razón es que una parte muy relevante de (mi) teoría de la interpretación – no sólo el capítulo sobre los argumentos interpretativos – está constituida por el análisis de los razonamientos (interpretativos y “constructivos”) de diversos tipos.

Por lo tanto, es sensato reformular el concepto de interpretación incluyendo la “pretensión de corrección”, diciendo simplemente que la interpretación es, normalmente, la conclusión de un razonamiento. Normalmente, pero no necesariamente. La argumentación de la interpretación, si bien de hecho es una práctica difusa en la cultura jurídica moderna, es contingente.

Probablemente, Isabel retenga que hay criterios objetivos de corrección (sería interesante saber cuáles, ya que todos aquellos que hablan de criterios de corrección siempre evitan precisarlos meticulosamente). Yo no pienso que haya criterios objetivos. Pero esto no tiene nada que ver con mi no-cognitivismo ético, el cual Isabel critica. No es por esta razón que considero que los enunciados interpretativos sean carentes de valor de verdad (contrariamente a lo que parece sugerir también Victoria).

No hay una relación entre ética (normativa) e interpretación jurídica. A menos que se piense que la interpretación correcta no sea aquella jurídicamente bien argumentada, sino aquella moralmente justificada. Pero, ¿cómo se puede seriamente argumentar esta tesis en la cultura jurídica moderna?, ¿cómo se puede sostener que los jueces deban juzgar según la justicia, y no según el derecho?

Me parece oportuno subrayar que el no-cognitivismo no es una moral, una ética normativa, sino una *teoría de la moral*. Análogamente, el escepticismo interpretativo no es una orientación interpretativa, sino una *teoría de la interpretación*. Como el no-cognitivismo no es una forma de nihilismo o indiferencialismo moral, de la misma manera el escepticismo interpretativo no es una forma de nihilismo o indiferencialismo en materia de interpretación: el no-cognitivismo se coloca a nivel de meta-lenguaje con respecto a la moral, y el escepticismo interpretativo se coloca a nivel de meta-lenguaje con respecto a la interpretación.

Los no-cognitivistas en ética no piensan que todo sea permitido, ni que cualquier principio moral sea tan bueno como casi cualquier otro: ellos también tienen una moral propia, como todos. Simplemente, no pretenden que sea la única posible, o sea la única verdadera o correcta. Justamente de la misma manera, también los jus-realistas no piensan que cualquier interpretación valga tanto como cualquier otra, ni que cualquier interpretación sea aceptable: también ellos, cuando se sacan el traje de teóricos, y se comportan como juristas prácticos, tiene sus preferencias interpretativas. Simplemente no buscan contrabandearlas como las únicas jurídicamente correctas.

En conclusión, los no-cognitivistas en ética pueden tener, y de hecho tienen, opiniones morales, como todos. Del mismo modo, los no-cognitivistas en materia de interpretación –y, más en general, aquellos que defienden y practican el positivismo metodológico– pueden tener preferencias interpretativas, una política del derecho, y por lo tanto pueden perfectamente dedicarse no sólo a la descripción imparcial de la práctica jurídica, sino también a la práctica misma. Como a veces hacen.

5. Si he entendido bien, según Victoria, desde el punto de vista de la llamada lógica “de la satisfacción” (teorizada por Alf Ross), las premisas de un razonamiento jurídico (por ejemplo, judicial) serían enunciados del discurso descriptivo, dotados de

valor de verdad: no normas, sino proposiciones en torno a la existencia de normas, o sea, proposiciones normativas. Pero quizá he entendido mal.

Me parece que las premisas de una inferencia normativa –si es que tal inferencia es posible– pueden sólo ser *normas*, no proposiciones normativas. La conclusión de un razonamiento normativo –por ejemplo, el dispositivo de un sentencia– es una prescripción individual y concreta (“El ladrón Schulze debe ser condenado así y así”), y en este sentido (amplio) una norma. Pero si convenimos sobre esto –y no veo como un enunciado de estas características pueda ser reconstruido como una proposición normativa– es obvio que las premisas del razonamiento son normas, y no puedan ser otra cosa que normas, ya que una norma no puede ser inferida de una o más proposiciones normativas, sino sólo de otras normas.

Ahora, la lógica de la satisfacción, por un lado, niega que sean posibles inferencias genuinas entre normas, pero, por el otro lado, busca reconstruir la naturaleza de las inferencias normativas que, de hecho, cotidianamente hacemos y que tienen toda la apariencia de la validez.

Pues bien, según la lógica de la satisfacción, los componentes de la inferencias “normativas” no son proposiciones sobre la *existencia* de normas, sino proposiciones en torno a la *satisfacción* de normas (o, alternativamente, proposiciones incorporadas en normas: grosso modo, el “frástico” de Richard Hare). Por otro parte, estoy completamente de acuerdo con Victoria sobre que, en la justificación de una decisión judicial (en particular en la justificación “externa”), intervienen enunciados de diversa naturaleza – enunciados interpretativos, juicios de validez, etc. – que no tienen valores de verdad.

El fenómeno de las puertas giratorias

Elisa de la Nuez
Fundación Hay Derecho
elisadelanuezsanchezcascado@gmail.com

Lo primero que hay que apuntar para el debate es que conviene aclarar en qué consiste el fenómeno de las “puertas giratorias”. El término hace referencia a la entrada y salida del sector público al privado (y viceversa) sin solución de continuidad. Y como suele suceder con tantas otras cuestiones en nuestro país hemos pasado de una gran tolerancia con el fenómeno –siendo muy comprensivos al menos con la incorporación de altos cargos y altos funcionarios desde el sector público al privado, bordeando cuando ni infringiendo al menos el espíritu de las normas sobre incompatibilidades y conflicto de intereses, a una posición mucho más estricta. De esta forma que en las recientes elecciones varios partidos políticos proponían en sus programas electorales regulaciones más limitativas que las que existen en la actualidad. La última regulación en vigor está contenida en la Ley 3/2015 reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que no contiene tampoco grandes novedades en la materia, aunque cuando se promulgó ya existía una alarma en la opinión pública, reforzada por casos como el de la ex Ministra Elena Salgado que pasó de ser Ministra de Economía a trabajar en una filial de Endesa sin respetar el tiempo mínimo establecido en las normas entonces vigentes (dos años) o el del elevado número de ex políticos en las empresas del sector eléctrico.

Por tanto, y más allá de la regulación “de lege data” o de “lege ferenda” en el Derecho positivo español de cual debe ser el ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre “revolving door” (altos cargos, cargos políticos, funcionarios) los sectores a los que se debe referir (se entiende que son básicamente los sometidos a regulación o los que contratan habitualmente con las Administraciones Públicas, los razonables tiempos de abstención, los procedimientos para acreditar que se cumplen los requisitos, las sanciones en caso de que se incumplan o las garantías de aplicación de la normativa a través de un organismo independiente y efectivo, la primera pregunta que convendría plantearse de cara a un debate es la siguiente: ¿es la revolving door más bien un fenómeno positivo o más bien un fenómeno negativo? ¿Aumenta el talento disponible en el sector público y en el privado o más bien es una manera de capturar al regulador o de conseguir una mayor cercanía con el Poder o de ejercer el lobby en la sombra?

A mi juicio la contestación no es tan sencilla, dado que conviene tener en cuenta el contexto político español. Sin duda, parece es positivo que se incorporen al sector público personas del sector privado, con una sólida formación y experiencia y una perspectiva distinta, como lo es también que se incorporen o retornen al sector privado personas con conocimiento de las AAPP. Pero el problema es que en un Estado de fuertes tintes clientelares como es el nuestro lo más probable es que no se incorporen al sector público desde el privado demasiadas personas de talento y formación –aunque siempre hay excepciones- sino más bien las personas cercanas o afines al aparato del partido de turno, sea cual sea su formación, talento o experiencia previos. Incluso en casos extremos pueda que esa experiencia se reduzca precisamente a sus servicios al partido. Podemos poner, por ejemplo, el caso de la ex Ministra de Sanidad Ana Mato en la última legislatura, aunque no es desde luego un caso aislado.

Lo mismo podría decirse de muchos funcionarios o/y fontaneros del partido que van saltando de un cargo público a otro y de un sector a otro, de manera que lo que busca su jefe de filas es rodearse no tanto de gente con capacidad y formación sino más bien de una pandilla de fieles, que a su vez le agradecerán la colocación siendo como son perfectamente conscientes de que no la alcanzan por sus méritos, sino por su devoción. Los casos en que se capta talento del sector privado son muy pocos y además han ido disminuyendo con los años a favor del aparato del partido. Otra cosa es que en el aparato o en las cercanías del partido haya personas que sean funcionarios con buena formación, incluidos los académicos, pero esto no les convierte en las personas más preparadas para cualquier tarea que se les encomiende, como parecen creer nuestros gobernantes.

En cuanto a la puerta de vuelta (del sector público al privado) de nuevo el matiz clientelar provoca que en muchos casos la incorporación de altos cargos al sector privado se deba no tanto a su experiencia, formación o conocimientos técnicos sino, sobre todo, a su posibilidad de hacer lobby o de recurrir a su agenda de contactos. Quizá el sector donde esta situación es más llamativa por el número de ex altos cargos que emplean es en las empresas del sector eléctrico, como ya hemos dicho, pero hay muchos más casos en muchos más sectores. Incluso en empresas alejadas del BOE y de la regulación no se considera una mala inversión incorporar a la plantilla como “responsable de relaciones institucionales” a personas que proceden de cargos políticos o al menos de cargos directivos de un cierto nivel.

El fenómeno también se extiende por supuesto a los funcionarios de cuerpos de la Administración con especializaciones y formación muy marcadas (abogados del Estado, técnicos comerciales, inspectores de Hacienda, etc, etc) pero también con importantes conexiones con los cargos políticos. En este caso, nos encontramos probablemente en un escenario mixto: sin duda se valoran mucho los conocimientos específicos y la experiencia y formación, pero tampoco son despreciables los contactos que puedan aportar estas personas a la empresa privada en relación sobre todo con sus compañeros que permanecen en activo y que suelen ocupar puestos relevantes. En todo caso, lo habitual en estos casos es que sí exista el componente técnico y profesional a la hora de empujar la puerta.

Teniendo en cuenta este punto de partida habría que plantearse hasta qué punto sería preciso debatir otras cuestiones relevantes para entender y regular la “revolving door” con la finalidad última de conseguir una Administración más neutral, profesional y eficiente y un sector privado menos dependiente del favor político. Cuestiones como la separación de la carrera funcionarial y la política, el establecimiento de un auténtico estatuto del directivo público, la independencia de los órganos llamados a evitar los conflictos de intereses, la revisión de los salarios en el sector público y por supuesto la (re)profesionalización de las Administraciones Públicas y su descolonización por parte de los partidos me parecen esenciales. Si no corremos el riesgo de volver a parchear la normativa sin avanzar demasiado en la buena dirección.

Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público.

Manuel Villoria Mendieta y Agustín Izquierdo Sánchez (2016), Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Buenos Aires / Caracas, 227 pp.

Rafael Jiménez Asensio
Universidad Pompeu Fabra
rafael.jimenez@upf.edu

En el marco de esa idea-fuerza que Pierre Rosanvallon ha denominado como “democracia de confianza”¹ (*Le bon gouvernement*) no cabe duda que la integridad de los gobernantes se convierte en una premisa indispensable para reforzar esa “institución invisible” que, como también señala ese autor, es la confianza de la ciudadanía en sus instituciones, aquejada –en buena parte de los países occidentales- de una erosión reciente.

En ese contexto, la multiplicación de códigos éticos o de conducta ha irrumpido con fuerza en el sector público de esas democracias avanzadas, aunque – como siempre sucede en nuestro país- esas nuevas tendencias tarden en llegar y mucho más en asentarse por estos lares. Todavía existe mucha impermeabilidad política y no poco desconocimiento sobre el papel que cumple la integridad en el efectivo desarrollo de la buena gobernanza.

Sin embargo, algo está cambiando, aparentemente de forma imperceptible. Un dato objetivo de ese cambio es la aparición en la bibliografía de algunos estudios que dan a la “ética pública” el protagonismo que merece. El INAP ya publicó hace unos meses el importante libro de Francisco Longo y Adriá Albareda titulado *Administración Pública con valores*², cuyo subtítulo enmarca correctamente la “dimensión externa” de la ética pública (Instrumentos para una gobernanza ética).

¹ P. Rosanvallon (2015:305 y ss.)

² F. Longo y A. Albareda (2015)

El libro de Villoria e Izquierdo que da pie a estas reflexiones se suma a esa línea de aparición de estudios que tienen como objeto la “ética pública”, entre los que también cabe incluir el reciente y recomendable número monográfico de la Revista de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas sobre ese mismo tema, con interesantes trabajos de varios profesores y profesionales (el mismo Villoria, García Gutián, Ausin Díez, Pérez Vera, Unanue y Bikandi, Campos Acuña), así como con una sugerente entrevista que se le hizo a la profesora Victoria Camps³.

En esta línea de aparición de estudios sobre la ética pública cabe enmarcar el reciente y documentado trabajo conjunto de los profesores Izquierdo y Villoria sobre Ética Pública y Buen Gobierno, donde también el subtítulo nos sitúa en la pretensión final de los autores que, como se indicará, se proyecta especialmente en la parte final de su obra, aunque con precedentes en algunos trabajos previos de uno de estos autores: *Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*.

Efectivamente, esa regeneración de la democracia y esa lucha contra la corrupción tienen mucho que ver con la integridad de los gobernantes o con la importancia de las personas (políticos, directivos y funcionarios) en el nuevo contexto político-institucional. Esta idea la ha expresado de forma precisa el propio Rosanvallon recientemente: “La exigencia de integridad de los gobernantes se inscribe siempre ciertamente en una tradición de rechazo de la corrupción como subversión moral e institucional inaceptable en un buen orden político”. Pero esa necesaria integridad adquiere una importancia creciente en un contexto como el actual que se manifiesta en el cambio “de una política de programas a una política de personas”. La persona o el gobernante (y, por tanto, sus conductas), se sitúan en el centro de la política, algo que el propio Daniel Innerarity ya advirtió hace algún tiempo.

También se publicará en breve plazo una nueva obra que, si bien sitúa el foco en la corrupción, tiene innumerables conexiones con lo expuesto en el libro que en estos momentos comentamos. En efecto, en la obra colectiva que aparecerá en los próximos días titulada *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (dirigida por los profesores Gimeno, Tejedor y Villoria), se analizan algunas cuestiones emparentadas con los temas que el libro de Ética Pública y Buen Gobierno trata. En esa misma línea también pretendemos incidir en nuestro caso a través de un capítulo (“El valor de las instituciones. Nuevos paradigmas de limitación y control del poder: La Buena Gobernanza”) de un libro (pendiente cuando eso se escribe de publicación) titulado *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, en el que se tratan los nuevos paradigmas del control ciudadano del poder en el contexto de la “democracia de confianza”, como son especialmente la integridad y la transparencia.

Esta ola de trabajos que han aparecido o están a punto de aparecer denota, en todo caso, una preocupación académica y profesional creciente por una serie de materias estrechamente imbricadas entre sí, anunciando tal vez su traslación más temprano que tarde a la agenda política de los gobiernos locales, autonómicos o estatal. Esa incorporación a la agenda ya se está produciendo en algunos casos. Aun así, como decíamos, las resistencias e incomprendiciones de los actores políticos españoles ante esta tendencia generalizada en las democracias avanzadas siguen

³ (2015) Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, Nº 9. Disponible en http://www.ivap.euskadi.eus/r61-vedrvop/es/contenidos/informacion/9revgp/es_def/index.shtml

siendo el sello de identidad de una política que vive en buena parte aislada o ahogada en sus problemas endogámicos y apenas tiene una mirada externa e inteligente que le haga captar por dónde camina el mundo exterior. Una vez más “el desnivel” que ofrece España frente a las democracias occidentales (tal como indicaba Julián Marías) debería ser objeto de preocupación colectiva.

Cabe aplaudir, por consiguiente, el esfuerzo editorial del INAP al proceder a avalar la publicación de esta reciente obra, lo que demuestra una especial sensibilidad sobre un problema que –como se viene insistiendo– está costando mucho que entre plenamente en la agenda política, al menos de forma generalizada. Lo cierto es que sobre estos ámbitos del “buen gobierno” y de la “ética pública” existe una amplia y extendida confusión conceptual, así como una innegable carga de escepticismo e incluso de cinismo político, que se ha trasladado a nuestro sistema normativo-institucional y que ha tenido importantes consecuencias en la desactivación o fracaso de las primeras experiencias sobre la regulación de esta materia, produciendo algunos efectos de desaliento o de mala concepción del problema. La ética pública ha sido por muchos enterrada antes de nacer. Tal vez el débil y fragmentario marco conceptual existente y la propia incomprensión de la política de sus finalidades y efectos han ayudado a esa (al menos hasta ahora) precaria implantación.

El recurso constante y permanente a la Ley como medida y parámetro de las buenas o malas conductas es, sin duda, un tributo de un país como el nuestro de tradición continental europea frente a los modelos anglosajones, en los que el campo de la autorregulación dispone de mayores espacios de recorrido. Pero incluso en países como Francia, patria del “legicentrismo”, ya se ha iniciado un proceso de evolución irreversible hacia la complementación de las reglas legales por códigos deontológicos en la administración pública, de la que los Informes “Jospin” (2012) y “Nadal” son testimonio evidente, así como la aprobación de algunos códigos de deontología en determinadas instituciones y actividades públicas.

Esa omnipresencia de la Ley ya fue advertida con claridad por Victoria Camps en la entrevista citada anteriormente. En efecto, cabe partir de la premisa de que hay determinadas formas de comportamiento o de corrupción que no son resueltas por la legislación (los vacíos o anomías normativas son muchas veces más que evidentes; especialmente intensos en el ámbito de la regulación de los gobiernos locales). En esos casos esas anomías deben ser resueltas por la ética, porque en caso contrario densificáramos en exceso la regulación legal. Aunque ese desplazamiento de las normas jurídicas a los códigos a la hora de “autorregular” conductas tiene unas exigencias para su correcto funcionamiento. Así, Victoria Camps afirma: “Yo creo que nos hemos dado cuenta de que el problema no se resuelve solamente con códigos. Lo realmente importante es que los códigos se cumplan, y que se cumplan sin la coacción ni la pena, la multa o la cárcel, que supone el incumplimiento de la ley”⁴. Volveremos sobre esta idea central.

En estas reflexiones, construidas bajo el paraguas de las importantes cuestiones tratadas en la obra de Villoria e Izquierdo, se pretende no solo comentar el citado trabajo, sino también aprovechar la oportunidad para divulgar y recrear, en algún caso, el marco conceptual que late detrás de ese estudio, así como con la finalidad de abrir un debate sobre algunos de los puntos que se plantean en la obra. Vaya por delante que comarto en su práctica totalidad el planteamiento y desenlace que realizan los autores de tan trascendental objeto. Su conocimiento de la materia, acreditado por años de estudio e innumerables publicaciones al respecto,

⁴ (Camps, 2015: 99 y ss.)

es innegable. Buena parte de mis conocimientos en esta materia son tributarios de la obra de tales autores. Mis diferencias (alguna de ellas expondré a continuación) son solo de matiz y pretenden exclusivamente enriquecer un objeto necesitado entre nosotros de una difusión y clarificación con el fin de eludir o evitar definitivamente algunas concepciones que subyacen sobre los temas de ética pública en determinados ámbitos de la política, del mundo del Derecho o de las estructuras gubernamentales y funcionariales. Objetivos a los que contribuye con creces la obra citada.

La Ética Pública como Ética Institucional

El libro arranca con un extenso capítulo dedicado a las “Bases teóricas y justificativas de la Ética” que analiza planteamientos teóricos clave de esa filosofía práctica que es la Ética. De tal enfoque nos interesa ahora situar el punto de atención sobre un problema específico: la ética pública como “ética profesional”, aunque desplegada sobre diferentes niveles o ámbitos (tales como por ejemplo la ética política y la ética de la administración). Con carácter previo se debe realizar una reflexión: la ética, en efecto, se corresponde con una determinada actuación personal basada en estándares morales individuales, pero en el ámbito de lo público las dimensiones de esa concepción de ética individualizada se enriquecen y matizan hasta límites insospechados.

Sin perjuicio de que los postulados éticos informen en mayor o menor medida las Leyes, sí que se puede afirmar que el Derecho o la Ley tiene un alto contenido regulador o coactivo (de normas imperativas), mientras que la Ética (simplificando muchos las cosas) se refiere más a convicciones internas o de la propia persona: el tribunal de esos actos es, en efecto, la propia persona, de acuerdo con sus convicciones o postulados morales. Esta es una idea muy arraigada, pero en verdad la ética –como se viene subrayando– adquiere una fuerza cualitativamente superior en el ámbito de las instituciones públicas y de la propia Administración pública.

En efecto, en el campo de la Ética Institucional de carácter público el locus en el que desarrollan su actividad los actores públicos cualifica completamente el ejercicio de las funciones y las propias conductas de las personas. La pertenencia de un servidor público (representante, gobernante, directivo o funcionario) a una determinada institución le obliga no solo a cumplir con las normas del propio ordenamiento jurídico, sino también a adecuar sus conductas o comportamientos a un conjunto de valores y principios que son de necesario cumplimiento dada la posición que ocupa esa persona en la estructura institucional (algo que podríamos hacer extensivo, incluso, a contratistas y concesionarios de servicios públicos). Las malas conductas de tales actores públicos no solo son censurables “personalmente” (esto es, no solo afectan a “su reputación personal o privada”, que al fin y a la postre puede ser solo un asunto privado o del partido en el que una persona está encuadrado), sino que además “manchan” o “perturban” la imagen de las propias instituciones, erosionando la confianza de la ciudadanía en ellas. Este es el punto nuclear de una Ética que se enmarca en una dimensión exquisitamente institucional.

En consecuencia, si bien es cierto que –como dicen los autores– “en el ámbito moral la fuente de la obligación es el propio individuo el que se obliga o prohíbe a hacer determinadas acciones”, ese presupuesto conceptual (siendo cierto también en el espacio institucional público) no lo es menos que se modula frontalmente en las estructuras gubernamentales o administrativas, pues las consecuencias de las acciones de los sujetos que intervienen o actúan en ellas trascienden a la propia persona. Sin duda, siguen vigentes las premisas de la ética

en cuanto que el propio sujeto es “espectador imparcial” de sus actos, de los que debe sentirse orgulloso, razonablemente satisfecho o “experimentar sentimientos de vergüenza”, pero los efectos de tales conductas transcinden del plano personal y se sitúan en el terreno institucional, así como repercuten de forma directa en el plano de la mayor o menor confianza de los ciudadanos en las instituciones.

Lo que interesa especialmente en el ámbito de la Ética Pública no es tanto la dimensión subjetiva del problema (aunque sea presupuesto, sin duda, de todo lo anterior), sino los efectos o consecuencias que esas conductas pueden tener sobre la credibilidad, imagen o legitimación de la institución a ojos de la ciudadanía. Por eso la Ética Pública o las Políticas de Integridad deberían tener una construcción preventiva y positiva, pues se trata de evitar los letales efectos que produce la entrada en acción del derecho sancionador o, peor aún, la irrupción del derecho penal. Cuando esto se produce, ya no hay solución: el mal ya está hecho y el daño institucional puede ser irreparable. Además, de todos es conocido que los resultados de la lucha penal contra la corrupción tienen límites funcionales, temporales y de rendimiento que tienen mucho que ver con el sistema procesal y la administración de justicia, pero también con la propia tipificación penal. Como ha expresado correctamente el profesor Yves Mény, existe una falta de concordancia o una falla evidente entre “la majestuosidad de la regla y la mediocridad en su aplicación”⁵.

La Ética Pública se caracteriza por los autores como una ética aplicada o, más exactamente, como una “ética profesional”. Y como tal ética de las profesiones es natural que se traslade a un campo más empírico, como es la determinación de valores, principios y normas de conducta en documentos que se denominan códigos. Como exponen Villoria e Izquierdo, “la ética aplicada en el campo de las profesiones se concreta a veces en la elaboración de códigos de conducta, conjunto de reglas o pautas que regulan la conducta de los miembros de una determinada profesión, evidenciando la corrección o incorrección de ciertas prácticas de esa profesión” (2016: 19-20). Pero según advierten esos mismos autores, “la ética gubernamental está dirigida a diversos grupos de profesiones”, que va desde cargos electos o gubernamentales hasta los propios funcionarios.

Esta caracterización de la Ética Pública (gubernamental o administrativa, por solo poner dos ejemplos) como Ética profesional puede ser adecuada en algunos casos, pero su encuadre conceptual nos limita el campo de visión, pues nos conduce a una ética “de cargos u oficios” (sean estos representativos, ejecutivos, asesores, directivos, funcionarios público o empleados) y en no pocas ocasiones de “sectores” de actividad (docentes, personal médico y sanitario, policías, jueces, etc.). Para disponer de una visión más completa del problema puede ser más oportuno referirse a “Ética Institucional” o a la noción de “Integridad Institucional”, obviamente en el ámbito de lo público. Esa dimensión institucional nos puede proveer de un marco general a partir del cual se pueda construir una “Política de Integridad” con elementos sin duda normativos (en su dimensión jurídica o coactiva), pero también de herramientas preventivas que anticipen marcos de riesgo y generen cultura encuadrada en una infraestructura ética institucional.

La ética institucional pública está, por tanto, volcada sobre una dimensión de deontología o un cuadro de deberes que se enmarcan en principios y valores. Lo determinante en este caso es la dimensión objetiva del problema, pues el bien a salvaguardar es algo tan preciado como la confianza de la ciudadanía en sus instituciones, un intangible necesario para el correcto funcionamiento del Estado democrático.

⁵ Informe Nadal (2015:126)

Ética y Política

Las complejas relaciones entre Ética y Política también forma parte de la reflexión de estos autores. En el conjunto de la obra, sin embargo, esta tensa coexistencia entre política y ética ocupa un espacio limitado. En todo caso, el pensador ilustrado Holbach, en un espléndido libro *Etocracia*. El gobierno fundado en la moral⁶, ya nos advertía de la disociación fatal existente tan a menudo entre política y moral, así como de sus letales efectos. Diagnóstico que asentaba en un certero diagnóstico: “Para gobernar sabiamente un Estado corrompido y expulsar el desorden y el vicio son necesarios esfuerzos largos y continuos: hacen falta luces, una firmeza y unas virtudes que raramente se encuentran en los príncipes”. Tras un recorrido doctrinal interesante, los autores se detienen en Weber y en la necesaria complementariedad de la ética de la convicción y de la responsabilidad cuando de ejercer la actividad política se trata.

A nuestros efectos, el punto de interés se sitúa en que la política tiene como objetivo hacer posible lo ideal, en esa tenaz resistencia –como también recordaba Weber– entre pasión y medida en que consiste esa actividad, pues como bien decía ese autor “es completamente cierto, y así lo prueba la historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez”. Realmente, tal como recuerdan Izquierdo y Villoria siguiendo al propio Weber, “un político con vocación tiene que ser capaz de no quebrarse cuando vea claramente que no puede alcanzar el ideal y tiene que aceptar realistamente el mal menor”, y por tanto debe –tal como concluyen– “saber actuar con responsabilidad cuando las circunstancias claramente nos indican que las convicciones llevarán a la comunidad al desastre, (pues ello) es uno de los requisitos del político” (p. 144).

El problema de las relaciones entre política y ética en nuestros días lo sitúan correctamente los autores en la imperiosa necesidad de control con la finalidad de evitar la corrupción. La línea de razonamiento es correcta: es, en efecto, en el ejercicio de los cargos públicos dónde se plantea una tensión evidente entre el bien común y el interés privado. En ese ámbito hay zonas de riesgo evidentes, pues –tal como reconocía El Federalista los hombres distan mucho de ser ángeles, pues en no pocas ocasiones las personas se aproximan más a la noción de “bribones” que acuñara Hume. Por tanto, “el conflicto entre el interés organizativo y el privado es mucho más peligroso en el ámbito público que en cualquier otra actividad de carácter privado”.

La Ética de la Administración Pública y de las instituciones, entidades u organizaciones públicas.

Y con el objetivo de hacer frente a esos riesgos evidentes se trata de regular y prevenir. Las leyes regulan y establecen un sistema de infracciones y sanciones. Pero, es evidente que “las leyes son necesarias para atajar toda clase de conducta desviada, pero a veces no es suficiente” (p. 145). Se hace necesario, por tanto, arbitrar un conjunto de medidas que vayan encaminadas a prevenir y completar las lagunas legales y reforzar las conductas adecuadas de los responsables públicos. Entran así en juego medidas de difusión, formación, prevención, así como la determinación a través de mecanismos de autorregulación de los principios, valores y normas de conducta, todo ello insertado en un marco o sistema de integridad institucional, al que los autores prestan la atención debida en un importante capítulo de su obra.

⁶ P. Holbach (2013)

Efectivamente, el capítulo tercero tiene por objeto central la Ética de la Administración, cuyos presupuestos podrían hacerse extensivos a otras instituciones, entidades u organizaciones públicas. Es una parte sustancial del libro y, sin duda, la que más virtualidad práctica puede tener, pues arranca de la concepción de la Ética de la Administración como Ética aplicada. Cabe, por tanto, insertar esa dimensión ética en esa Política de Integridad Institucional antes enunciada. Los autores prestan la debida atención a la idea-fuerza de Integridad, aunque reiteran esa dimensión más subjetiva matizada con la persistencia en caracterizar a esa ética como “profesional”. Sin duda puede haber algo de ética profesional en esa configuración de la Ética de la Administración Pública, pero solo cuando segmentamos los planos del problema y nos ocupamos de colectivos específicos (con sus códigos deontológicos provistos de principios, valores y normas de conducta de cada actividad política, profesional o sectorial). Si hablamos de la Administración en su conjunto, seguimos pensando que es más adecuado hacer uso del concepto Ética Institucional.

No obstante, los autores son plenamente conscientes de esa dimensión objetiva del problema enunciado, pues aportan algunos ejemplos que ponen claramente en entredicho la dimensión subjetiva o personal de las conductas y analizan perfectamente los impactos que esa conductas tienen sobre el conjunto del sistema institucional. Así afirman: “Lo mismo puede decirse de un político que está en política para enriquecerse y no para servir al bien común. Desprestigia la política y genera en los ciudadanos la creencia de que la política es algo negativo, sucio, despreciable” (p. 159). Los ejemplos próximos de esas nefastas consecuencias los tenemos por centenares y los efectos de esas pésimas conductas los estamos pagando a precio muy alto.

El reverdecer de la ética institucional en nuestros días representa también una cierta superación del modelo burocrático y asimismo la constatación de que el New Public Management no daba respuesta adecuada a muchos problemas, pues olvidaba completamente las virtudes y valores de quienes ejercían funciones directivas en el sector público. Así, a partir de la década de los noventa, como reconocen los autores, comienza a aparecer en la escena pública la exigencia de la ética en el ejercicio de las funciones públicas. A ello contribuyeron diferentes iniciativas de algunos países anglosajones (Estados Unidos, Canadá o Reino Unido), así como de la propia OCDE.

Esta última organización internacional hizo una apuesta importante por la construcción de una ética del servicio público, aspecto sobre el que después han incidido algunos autores que resaltan esa dimensión objetiva de la ética institucional-pública. Como recogen Villoria e Izquierdo, “la naturaleza de la propiedad tiene profundas implicaciones éticas” (tal como expresaron Gueras y Garofalo), o el propio Estado adquiere una “misión moral” que se plasma, según Lakoff, en “la ética del cuidado de la forma de gobierno”.

El hecho evidente es que, a partir de esos presupuestos, la Ética de la Administración adquiere unas dimensiones aplicativas evidentes. En primer lugar, según los autores, mediante la formulación de una serie de “principios” que los políticos y funcionarios deben respetar. Pero realmente tales principios (por ejemplo, “promover y respetar la democracia” o la “defensa de los derechos humanos”) son en verdad principios o presupuestos constitucionales del Estado social y democrático de Derecho; forman parte integrante de la arquitectura básica de un Estado Constitucional. Y no creemos que quepa reiterarlos en ningún tipo de documentos que no tenga valor normativo (menos aún en los Códigos Éticos o de

Conducta): son verdades evidentes de los propios sistemas constitucionales democráticos, aunque en algunos casos haya personas o grupos políticos que parezcan ignorarlos o que actúen desconociéndolos.

Otra cosa son los valores. Siguiendo la definición de Grotner, los autores definen los valores como “concepciones de lo deseable que influencian la selección de fines y medios para la acción”. La identificación de los valores, como presupuestos nucleares de la Ética Institucional, es sin duda una de las tareas más importantes en el plano conceptual y operativo. Pues tales valores, como bien indican Villoria e Izquierdo, se configuran como auténticos “polos de integridad” que normalmente se proyectan como pieza basilar de los distintos Códigos de Conducta o Códigos Éticos (ponen varios ejemplos al respecto).

A diferencia de los valores, las normas de conducta (que deberían derivar directamente de esos valores o de esos polos de integridad) son reglas. Y es ahí donde se advierte la importancia de su enunciado, pues no es nada nuevo descubrir que “el diablo está en los detalles”. La determinación de las normas de conducta es algo difícil de concretar, pero necesario. Sin perjuicio de que la configuración de los Códigos de Conducta como “instrumentos vivos” (también en palabras de Villoria), permitan su adaptación permanente a las circunstancias siempre cambiantes y a los mayores estándares de exigencia que en cada momento la sociedad demanda.

Los Marcos de Integridad Institucional: elementos.

La buena administración pública, como recuerdan los autores, genera confianza pública. Para alcanzar esa meta no cabe otra medida que impulsar una política de prevención, pero asimismo completar esta con un control exigente de las organizaciones públicas. La transparencia bien entendida y aplicada coadyuva, sin duda, a ese control democrático y facilita del mismo modo la rendición de cuentas. Pero en sociedades tan complejas las presiones, los conflictos de interés o simplemente las apariencias de conflicto (que también destruyen o socavan la confianza) están a la orden del día.

Para hacer frente a esos problemas no bastan las leyes, como decíamos. Pero tampoco bastan los Códigos de Conducta, pues su mera aprobación no cambia en nada el statu quo existente. El cambio real y efectivo, como promovió en su día la OCDE y los autores explican de forma exhaustiva, solo se puede realizar a través de la configuración de Sistemas o Marcos de Integridad Institucional. Y este es, sin duda, uno de los puntos clave de la obra que comentamos. Al menos una de las cuestiones peor comprendidas en nuestro panorama público y donde la confusión abunda por doquier. Merece la pena detenerse en su examen.

En este análisis del problema (“Marcos de Integridad Institucional”) no solo expondremos las tesis de los autores sino que asimismo aportaremos algunas ideas complementarias e intentaremos explicar en pocas líneas un concepto complejo, identificando lo que se pueden considerar como elementos básicos o piezas centrales de tal marco, aunque simplificando el modelo propuesto por la OCDE y que es detallado de forma precisa en el libro comentado.

Los Marcos de Integridad organizacional (Integrity Framework) son, en efecto, una construcción conceptual de la OCDE. Su planteamiento inicial es que esos marcos se proyectan sobre una organización y no sobre el conjunto del sector público. Su finalidad es evitar riesgos de malas prácticas y de corrupción, por un lado; pero, por otro, pretenden también fortalecer el clima ético de tales estructuras organizativas procurando paliar así que incluso personas decentes puedan

contaminarse por los desincentivos o estímulos perversos que se le puedan plantear, presentar u ofrecer tanto interna como externamente. De tal modo que un “Marco de Integridad Institucional” debe establecer –tal como han reconocido Manuel Villoria y Agustín Izquierdo– normas, procesos y órganos dentro de cada organización pública que prevengan las conductas inmorales (p. 202).

En efecto, como bien reconocen esos autores “entre los elementos esenciales de un Marco de Integridad se encuentran, como instrumentos clave, los Códigos Éticos, las evaluaciones de riesgo de integridad, la formación ética de los servidores públicos, el establecimiento de un sistema de consultas para problemas o dilemas éticos de los empleados (comités de ética), sistemas de denuncias de casos de corrupción, fraude, abusos o ineficiencias (con sistemas de protección a los denunciantes), sistemas de gestión de los conflictos de intereses e incompatibilidades, sistemas de detección e investigación de conductas antiproductivas o administración de encuestas de clima ético entre los empleados” (pp. 203-204).

Un Marco de Integridad Institucional también puede incorporar “normas jurídicas”. En ese caso, el “marco normativo de integridad” se incorpora dentro de la Política de Integridad y del Modelo Institucional de esa política. Su característica principal es que se trata de normas jurídicas que tienen detrás (esto es, para garantizar su cumplimiento) todo el sistema institucional y el aparato coercitivo del Estado constitucional democrático. De ese marco jurídico no nos ocupamos aquí si bien es pieza central de un Sistema global de Integridad Institucional, pues se ha de poner de relieve que ese marco normativo es el que regula, por ejemplo, un sistema de incompatibilidades, define los conflictos de interés (o al menos algunos conflictos de interés “ex ante”, durante y “ex post” el ejercicio de las funciones públicas), establece obligaciones de declarar actividades y bienes, así como estipula un régimen sancionador (e, inclusive, tipos penales) que pretende hacer frente a los incumplimientos de tales obligaciones normativas. Esta es la dimensión más tratada de la integridad por nuestras leyes (aunque con escaso acierto) y cuya aplicabilidad o efectividad plantea, en principio, lagunas evidentes. Pero, a pesar de su innegable importancia, no puede ser objeto de estas líneas, pues no se trata apenas en el libro que comentamos.

En estos momentos nos interesa especialmente la noción de “marco ético de integridad” o, si se prefiere, de las “infraestructuras éticas” que una determinada organización pública debe dotarse para fomentar una cultura ética en sus respectivas instituciones y prevenir la corrupción.

Y siguiendo el esquema de la OCDE, aunque simplificando sus postulados, cabe resumir que un “Marco de Integridad Institucional” que pretenda articular una “infraestructura ética” debería incorporar, al menos, los siguientes elementos:

1. Un Código Ético o de Conducta, también denominado en ocasiones como Código Ético y de Buen Gobierno (aunque son aspectos diferentes o, al menos, deberían serlo), en el que se recojan, entre otras cosas, los Valores que deben orientar la organización y la actuación de los servidores públicos, así como unas Normas de conducta que deben guiar asimismo el comportamiento de tales empleados públicos. A pesar de su carácter “positivo” (y no “represivo”), pues trata de construir cultura ética de las organizaciones, todo ello no es óbice para que los Códigos también prevean como última ratio sistemas de reprobación de conducta y algunas medidas traumáticas. Como bien ha expuesto Victoria Camps, los códigos deben partir de una base de realismo: las personas no siempre se conducen voluntariamente por el bien, los incentivos para apartarse del cumplimiento de los

deberes y obligaciones son constantes, mantener actitudes éticas irreprochables y continuadas exige tensión interna y vigilancia externa.

2. Los Códigos por si solos no incorporan otra cosa que “letra” y pueden convertirse fácilmente en Códigos declarativos. Donde se aprueban Códigos de Conducta sin insertarlos en Marcos de Integridad Institucional, tales Códigos derivan fácilmente en apuestas formales o aparentes. Y como bien expuso Adela Cortina⁷ (Para qué sirve realmente la ética), la ética no es cosmética. Es por ello muy importante que, dada su finalidad preventiva y la necesidad objetiva de que se “internalicen” o “interioricen” (como también expuso Victoria Camps en su conocida obra *El Gobierno de las emociones*)⁸, incorporen Mecanismos de Difusión, Prevención y Desarrollo de la Cultura Ética en las organizaciones a través de Programas o planes anuales que comporten la realización de una batería de acciones dirigida a que los Códigos sean “asumidos” y que se proyecten, en mayor o menor medida, pero siempre en un proceso gradual de avance, en mejores “hábitos” y en “conductas éticas reforzadas”. El objetivo último es un proceso de mejora continua que pretende, paso a paso, cambiar la cultura organizacional y, por tanto, impregnar el funcionamiento ordinario de la institución de prácticas y comportamientos éticos. Por eso, los Programas de Desarrollo Éticos o de Integridad deberían formar parte sustantiva de la Política de Recursos Humanos de las organizaciones, una cuestión que hasta ahora es por lo común ajena a la política de gestión de personas de nuestras instituciones. No hay otro modo de actuar seriamente que este. Además, deben ser políticas marcadas por la continuidad y la tenacidad (sostenibilidad) en su desarrollo.

3. Junto a todo lo anterior, un Marco de Integridad Institucional que promueva la infraestructura ética debe disponer, asimismo, de procedimientos, canales, circuitos, para garantizar la efectividad del Código Ético o de Conducta. Este aspecto puramente formal o procedural es muy importante. Se trata de configurar cauces para que aquellos actores institucionales (representantes, gobernantes, directivos o empleados públicos) puedan formular los dilemas éticos que se les puedan suscitar en el desarrollo de sus funciones públicas en las respectivas organizaciones en las que presten su actividad (garantizando, cuando ello sea necesario, la confidencialidad). Asimismo, se trata de prever canales a través de los cuales se puedan plantear quejas o denuncias, con la instauración incluso de “sistemas de alerta temprana” que puedan identificar con cierta rapidez y con carácter preventivo cuando existen situaciones de riesgo en tales organizaciones.

4. El Código debe garantizar asimismo su efectividad por medio de la articulación de un Sistema de Garantía, que habitualmente es una Comisión de Ética (órgano colegiado) o un Comisionado de Ética (órgano unipersonal), encargado, entre otras cosas, de resolver los dilemas éticos, orientar en caso de consultas, dirimir conflictos éticos y resolver las quejas o reclamaciones que se puedan suscitar. La cuestión clave es quién o quiénes componen esos órganos; y sobre todo si tales órganos deben estar compuestos exclusivamente por personas de la propia organización o cabe incorporar externos (expertos) que aporten una mirada de fuera y ayuden a promover esa cultura ética desde una posición endógena y no autocomplaciente. En el ámbito anglosajón, donde la cultura ética está arraigada, suelen ser personas de la propia organización, obviamente que dispongan de un recorrido moral intachable o tienen su reputación personal y profesional intacta. En los países que no tienen tradición de cultura ética en el sector

⁷ A. Cortina (2013: 43)

⁸ V. Camps (2012)

público cabe recomendar que se incluyan algunos externos que ayuden en el proceso de implantación y desarrollo de esa cultura ética.

5. Y, por último, el Marco de Integridad se debe cerrar con un Sistema de Seguimiento y Evaluación de la aplicabilidad del Código y del funcionamiento del Marco en su conjunto. Lo habitual en el mundo anglosajón es que los Códigos se configuren como “instrumentos vivos”, que se van actualizando a través de modificaciones o adaptaciones permanentes al nuevo contexto y a las exigencias o estándares del momento, pero también por medio de Guías Aplicativas que son las que, a partir de las resoluciones e informes de las Comisiones de Ética, van definiendo a través de protocolos sistemáticos la interpretación y alcance de los distintos valores y normas de conducta. Además de este sistema de seguimiento de la aplicación del Código, es determinante la Evaluación del Código y del propio Sistema, ya sea mediante Memorias anuales o, de forma complementaria, a través de una Evaluación externa que mida a través de indicadores cómo evoluciona la infraestructura y el clima ético en cada organización pública.

En fin, muchas de estas cuestiones se abordan en el libro citado, aunque bien es cierto que con otra sistemática y con un enfoque más doctrinal y menos operativo. Algunas otras son incorporaciones nuestras a ese modelo de integridad institucional fruto de la experiencia contrastada de haber participado en procesos de construcción de tales sistemas de integridad en diferentes niveles de gobierno tanto estatales (en otros países) como autonómicos, forales o locales de la realidad institucional española.

Los Códigos Éticos y de Conducta como parte sustantiva de los Marcos de Integridad Institucional: algunas cuestiones.

En verdad, los Códigos y los respectivos Marcos de Integridad Institucional se integran –como bien señalan los autores- en una Política de Integridad Institucional como elementos sustantivos (no exclusivos) y forman parte importante –como luego se dirá- de la Buena Gobernanza. Hay, asimismo, varios aspectos interrelacionados con esta materia en los que conviene detenerse: el carácter autorregulador de los Códigos, su naturaleza “orientadora” o “sancionadora”, la existencia de uno o varios Códigos en las Administraciones Públicas (esto es, en función de diferentes segmentos o niveles: políticos, directivos, asesores y funcionarios); así como la idea-fuerza del “liderazgo ético”. Veamos sucintamente estos puntos.

Los Códigos Éticos o de Conducta, a diferencia de los marcos establecidos en la legislación, tienen un carácter “autorregulador”. No son, por tanto, normas jurídicas, ni deben ser aprobados a través de las disposiciones normativas típicas del sistema de fuentes del Derecho (leyes o reglamentos). Todo lo más son simples acuerdos, que se pueden reformar y adecuar con relativa facilidad. Muchos de ellos prevén incluso sistemas de adhesión individualizada, aunque si los Códigos despliegan deberes institucionales o normas propias de una dimensión de deontología la adhesión debería ser obligatoria para todos aquellos que presten una determinada actividad pública. Esta es una confusión muy corriente en la que ha incurrido a veces incluso el propio Consejo de Estado.

Lo normal es que los Códigos sean herramientas de “orientación” (la ética como faro), aunque como bien señalan los autores hay un debate abierto sobre “el valor normativo y disciplinario del Código frente a su valor meramente orientador” (p. 212). Si bien este debate existe, no es menos cierto que se debe relativizar su existencia, al menos en nuestro caso, a riesgo si no de impedir la emergencia de tales códigos dado el papel expansivo y monopolizador de la legislación en estas

materias. Su valor debe ser preferentemente orientativo y preventivo, de ayuda a la mejora constante del clima ético en las organizaciones públicas. Y, en determinados supuestos, deben anudarse a los incumplimientos graves o reiterados consecuencias traumáticas que deberá valorar siempre un órgano independiente con capacidad de propuesta, activando en unos casos el cese y en otros la incoación del régimen disciplinario que proceda. Pero esa es la última ratio. Las políticas de integridad deben construirse en clave positiva y siempre con carácter preventivo. Villoria e Izquierdo encuadran perfectamente esos marcos de integridad institucional y los elementos en los que estos se despliegan dentro de una dimensión aplicativa práctica y, asimismo, “como parte esencial de cualquier estrategia anticorrupción”.

Otra cuestión importante es si debe existir uno o varios códigos de conducta en cada institución en función de los niveles de responsabilidad o de los respectivos ámbitos sectoriales. Sobre este punto los autores se limitan a reconocer que existen soluciones de diferentes tipos. Hay, en efecto, modelos de códigos únicos, de códigos diferenciados o incluso de “códigos en cadena” (un código marco y códigos de desarrollo). Como señalan los autores, “parece extenderse la idea de que un código colectivo es perfectamente compatible con códigos por agencia, como se hace en Australia y Nueva Zelanda” (p. 211). Pero también existen soluciones segmentadas, como es el caso del Reino Unido, donde hay un código de ministros, otro de asesores y uno aplicable al Civil Service, junto con códigos de las Cámaras del Parlamento o de los gobiernos locales.

En cualquier caso, la segmentación de códigos abre un debate interesante. Entre nosotros, por ejemplo, los códigos hasta ahora existentes están fijando el punto de atención en la política y en los altos cargos. El empleo público aprobó con el Estatuto Básico del Empleado Público un denominado “código ético”, con principios éticos y de conducta (artículos 52 a 55), pero que no ha tenido desarrollo alguno (más bien ha pasado sin pena ni gloria). La cuestión se centra en si las buenas conductas y los polos de integridad solo se han de respetar en la alta administración o en las estructuras de gobierno, dejando de lado la propia función pública. Se objetará a este argumento que la función pública (empleo público) ya dispone de su régimen sancionador. Pero son dos cosas distintas, las conductas antiproductivas que existen por doquier en la función pública no son prácticamente nunca sancionadas, mientras que el desarrollo de un sistema de integridad en el empleo público podría mejorar bastante ese estado de cosas.

No obstante, la focalización de las políticas de integridad sobre la política y la alta administración pueden tener asimismo unos efectos beneficiosos, en la medida en que quienes gobiernan y dirigen las organizaciones públicas representan el espejo en el cual mira la ciudadanía a sus instituciones y pueden servir asimismo de ejemplo para el resto de personas que trabajan en tales instituciones. El “liderazgo ético” puede, sin duda, reforzar el clima ético de las organizaciones y ayudar a una mejor internalización de esos valores y normas de conducta por el resto de empleados públicos.

La corrupción: ¿cuáles son sus causas?

El libro comentado, de acuerdo con el subtítulo del mismo, se adentra asimismo en el análisis de la corrupción. Es, en efecto, este tema objeto de tratamiento por parte del Capítulo IV de la obra citada. Manuel Villoria ya se había ocupado de la corrupción en otras obras y en esta los autores llevan a cabo una síntesis de muchos de los postulados recogidos en otros lugares. A efectos de nuestro comentario, sin embargo, este Capítulo no deja de ser algo instrumental, por

muy serias que sean no obstante sus consecuencias. Lo importante, en todo caso, radica en que el arraigo de la corrupción requiere –como dicen los autores– normalmente una colaboración privada (p. 242). En este trabajo se distingue entre corrupción política o corrupción administrativa, a la que califican “de menor”, se presume que por los estragos que causa, aunque la corrupción administrativa es una sintomatología muy fuerte de una Administración Pública anegada por ese fenómeno.

Un aspecto interesante de la reflexión radica en la diferenciación entre corrupción propiamente dicha y percepción de la corrupción, pues a juicio de los autores se trata de dos cosas distintas (p. 248). Asimismo, ponen de relieve que la menor corrupción es, sin duda, una manifestación de calidad gubernamental, como también existe una correspondencia entre mayor transparencia y menor corrupción, algo que con frecuencia se olvida: no puede haber una administración transparente cuando existe corrupción detectada. Algo falla en este esquema.

En fin, los autores se adentran también en el complejo análisis de las causas de la corrupción, aspecto sobre el que se podrían introducir nuevos elementos al esquema aportado, tales como por ejemplo el propio “legado institucional” o la “cultura patológica” heredada por muchos países (sobre todo los del mediterráneo), con sus manifestaciones seculares de caciquismo revestidas a partir de determinados momentos históricos de clientelismo político. En efecto, Villoria e Izquierdo acierto cuando afirman que “es preciso conocer diacrónicamente el sistema político y social del país en el que se inserta y ver en qué medida las diferentes variables sociales, económica y políticas afectan a la corrupción y cómo ésta influye en las estructuras sociales, en los sistemas de incentivos y en el comportamiento político”. También cabe compartir plenamente su juicio al considerar que “la falta de confianza en las instituciones favorece la corrupción, pero a su vez la falta de corrupción favorece la falta de confianza en las instituciones” (p. 263). Qué fue antes en este círculo infernal es algo que no es fácil de advertir.

El estudio pasa revista luego a algunas causas potenciales de la corrupción que, por lo común, son bien obvias: el bajo desarrollo moral, la desigualdad y la desconfianza social, la corrupción de los partidos políticos o las tendencias clientelares de estos (de repartir prebendas entre sus allegados), así como una causa clásica como es la ausencia de una Administración pública (o de una dirección pública) profesionalizada. Pero, sin duda, donde se pueden detectar todos los males de la corrupción es en la ausencia o en el mal funcionamiento del sistema de controles del poder. La ausencia de corrupción requiere sociedades maduras en valores democráticos y éticos, pero asimismo un sistema de controles efectivo y rápido, que sea capaz de prevenir o reprimir de forma inmediata tales desmanes.

Las instituciones de control, como hemos detallado in extenso en otro lugar (Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones) no pueden estar “capturadas” por la política, pues en tal caso no serán más que mera coreografía. Este es un aspecto clave en una “democracia de responsabilidad y de confianza”, pues como señaló en su día Pierre Rosanvallon⁹, la imparcialidad de tales órganos o instituciones de control es un presupuesto existencial del funcionamiento de tales sistemas. Sin esa garantía el control desfallece por completo. Es cierto que los nuevos paradigmas de control de las instituciones públicas, asentadas en esa idea doble de “democracia de apropiación” y “de confianza” (que implica apoderar a la ciudadanía con nuevos resortes de control), pueden ser elementos nuevos que faciliten ese necesario control democrático de las

⁹ P. Rosanvallon (2010)

instituciones, pero tales herramientas (transparencia publicidad activa, derecho de acceso a la información pública, transparencia colaborativa a través de instrumentos de escucha activa y de participación, apertura de datos, así como rendición de cuentas) están todavía lejos de haber mostrado sus auténticas fortalezas para sustituir o complementar a los mecanismos tradicionales de control de las instituciones.

El Buen Gobierno

El Buen Gobierno es, asimismo, objeto de análisis –en coherencia plena con el título de la obra– en este libro. Una expresión esta (la de “buen gobierno”) que hunda sus raíces en el tiempo y que, si bien utilizada profusamente en estos tiempos, forma parte consustancial del pensamiento clásico de los teóricos de la política. Valga como mero ejemplo una cita de esa obra monumental de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional como es *El Federalista*, donde allí hay constantes referencias a esa idea en los diferentes documentos o “papeles” escritos por Hamilton, Madison y Jay. En uno de ellos expresamente se decía lo siguiente: “La verdadera prueba de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración” (LXVIII).

En este apartado de la obra, los autores asientan sus opiniones sobre bases muy firmes: la importancia que la calidad de las instituciones tiene para el desarrollo político y social de un país, la necesidad de una buena gobernanza y los elementos o bases que caracterizan a esta, así como la necesidad de disponer de Sistemas de Integridad nacionales. Con base en estos presupuestos conceptuales y en otras aportaciones escritas en obras anteriores, los autores se adentran en una suerte de diagnóstico de evaluación de las instituciones españolas en relación con la lucha contra la corrupción. Una análisis que, con base en otro realizado en 2012, tiene la ventaja de actualizar la información existente y el balance que el sistema institucional actual, tanto central como autonómico o local, merece a los autores de este trabajo.

Entre los múltiples males que aquejan al sistema político-institucional español se pueden resaltar –a juicio de los autores– como elementos importantes de ese análisis la debilidad del sistema de representación y el bajo funcionamiento del sistema de controles (checks and balances; pues nuestro sistema institucional siempre ha permanecido históricamente alejado de tales prácticas), la existencia de un spoils system “moderado” (en un juicio un tanto complaciente de la ocupación intensiva por la política de la alta administración), una cultura cívica caracterizada por la desconfianza y la baja implicación, así como un débil control de los conflictos de interés. Muchos de estos temas los hemos desarrollado de forma amplia en un trabajo que saldrá publicado en el libro antes citado y que lleva por título “España, ¿un país sin frenos?”. Allí me remito.

El capítulo dedicado al Buen Gobierno se cierra con un conjunto de interesantes reflexiones sobre ese concepto (que más bien habría que redefinir como “Buena Gobernanza”), poniendo en valor lo que son algunos de sus elementos centrales: fomento de la transparencia; rendición de cuentas y efectividad. Pero del que debe formar parte como primer pilar del sistema una Política de Integridad Institucional. Todos esos elementos, que son desarrollados por los autores, conforman efectivamente pilares básicos de esa idea fuerza que es la Buena Gobernanza, cuyas dimensiones más evidentes a juicio de Villoria e Izquierdo son, por ejemplo, la integridad, la profesionalidad e imparcialidad, la efectividad, la transparencia, la rendición de cuentas y la participación, entre otros. En cualquier caso, cabría redefinir ese esquema de Buena Gobernanza con unas dimensiones

muy precisas, que se manifiestan en determinadas políticas: a) Política de Integridad Institucional; b) Política de Transparencia; c) Políticas de innovación organizativa, de efectividad y de profesionalidad (Gobernanza “intra-organizativa, en palabras del profesor Aguilar); d) Políticas de Gobierno relacional; e) y Políticas de rendición de cuentas.

En fin, la conclusión que provee la lectura de este importante trabajo nos conduce a una constatación obvia: el cumplimiento de la legalidad es, sin duda, presupuesto necesario en la existencia de un Estado Constitucional de Derecho de factura democrática, pero no es condición suficiente para el buen funcionamiento de sus instituciones. Se ha de dar un paso más allá, en la línea abierta por esa política de cumplimiento normativo que se asienta asimismo en la prevención de riesgos (política de compliance), ya arraigada en el mundo mercantil privado, así como –vía Código Penal– en las sociedades mercantiles públicas. Las Políticas de Integridad Institucional son un modesto baluarte de esa necesaria prevención.

El libro finaliza con un breve e interesante Epílogo donde se predica la necesidad de una sociedad madura (con “espíritu cívico”) para que arraigue el buen gobierno y se erradique la corrupción. Erradicar esa “sociedad del favor” o de “intercambios de baja calidad” es un presupuesto necesario para ello. No será tarea fácil. Son conductas muy arraigadas en la sociedad civil y cuya metástasis impregna las instituciones públicas y los comportamientos políticos y personales de sus actores. Hay que mejorar mientras tanto los controles institucionales y fiarlo todo a una correcta construcción de la buena gobernanza como “atmósfera institucional” que implique una mejora de nuestros estándares de convivencia y felicidad. No puede acabar mejor esta importante obra de Villoria e Izquierdo que debería ser lectura obligada de todos aquellos (políticos, directivos, funcionarios y ciudadanía en general) interesados por la cosa pública.

El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo.

José María Sauca (ed.)
(2015), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
Madrid, 522 pp.

Lorena Ramírez Ludeña
Universidad Pompeu Fabra
lorena.ramirez@upf.edu

Ronald Dworkin es sin duda uno de los filósofos del derecho más destacados de los últimos tiempos. Sus trabajos, citados ingentemente, ocupan un lugar central en muchas de las discusiones *iustfilosóficas* de los últimos cuarenta años. En este sentido, es difícil negar que Dworkin ha contribuido de manera notable a la revitalización de importantes debates con niveles de abstracción muy distintos, como la naturaleza del derecho o la eutanasia, lo que por sí solo es ya excepcional.

Mucho más controvertido es, en cambio, evaluar si esa incidencia está justificada. Para algunos, Dworkin es un autor oscuro y trámoso, contradictorio y poco original; estos autores entienden que ha incitado discusiones en muchos casos estériles, y pronostican que su legado será más bien pobre. Para otros, Ronald Dworkin destaca por su claridad y compromiso, su coherencia y originalidad, por lo que su legado es sin lugar a dudas extraordinario. En algunos casos se destaca su perfil como abogado como algo negativo, y se sostiene que Dworkin introduce incansablemente distinciones innecesarias para confundir, con el ánimo de no reconocer sus errores y ganar la disputa; en otros, se destaca que es un gran discutidor, siempre agudo a la hora de hacer distinciones relevantes, y reconocedor del carácter falible de todo argumento¹.

Estas visiones encontradas acerca de Dworkin se ponen especialmente de relieve en el ámbito de la teoría del derecho. Así, sus críticas a Hart han generado una fuerte polarización del debate, dando lugar a dos grupos diferenciados, con una enemistad manifiesta que en ocasiones parece estar plagada de prejuicios y traspasar lo estrictamente académico. Esto, que puede ser visto como algo negativo para la disciplina, también ha exigido un esfuerzo argumentativo y un refinamiento de los argumentos, lo que es sin duda bueno.

¹ Entre los primeros, véase Leiter (2004); Waldron (2013) constituye un ejemplo del segundo grupo.

La incidencia de Dworkin en múltiples debates, pero también su carácter fuertemente controvertido, son elementos que quedan claramente reflejados en el trabajo *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, que constituye el objeto de esta recensión. En este excelente libro, que tiene origen en las jornadas que se celebraron en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid en octubre de 2013 acerca del legado de Dworkin, autores de primer nivel, y con distintos tipos de relación con la obra de Dworkin², analizan sus principales contribuciones a la filosofía del derecho. En tanto análisis del legado de la filosofía del derecho de Dworkin, satisface con creces sus objetivos. A efectos de dar cuenta de cuál es el legado de un autor específico, resulta indispensable tener un conocimiento profundo de sus tesis, ser capaz de relacionarlas con el resto de su pensamiento y de evaluarlas críticamente. Además, es imprescindible ponerlas en conexión con el contexto en que aparecen las contribuciones a efectos de analizar su originalidad, así como tener una buena comprensión de las discusiones a que dieron lugar. Todo ello se pone de manifiesto en los trabajos de la obra objeto de recensión, por lo que debería convertirse en un libro de referencia no solo para formarse en las principales aportaciones de Dworkin, sino también para que los conocedores del autor profundicen en sus tesis. Pero, dadas las ricas y distintas contribuciones del volumen, no es simplemente una recopilación de lo que los distintos autores consideran que es el legado de Dworkin. El libro nos permite evaluar por nosotros mismos cuál es su legado y, al hacerlo, es una excelente herramienta para pensar los diferentes problemas que se abordan. Como se indica en la presentación, el trabajo constituye un intento -sin duda exitoso- de configurar un libro que, más que una empresa filológica, sea una oportunidad para “pensar y repensar los *topoi* de nuestra disciplina y cómo la obra de Dworkin nos puede ayudar a ello” (p.15).

El libro objeto de esta recensión está estructurado en siete capítulos, cada uno de los cuales con diversas contribuciones, en que se abordan múltiples problemáticas relacionadas con los trabajos de Dworkin, a partir fundamentalmente del análisis de sus tres obras capitales en filosofía del derecho, *Taking Rights Seriously*, *Law's Empire* y *Justice for Hedgehogs*³, cuyos títulos se entrelazan de manera original en el subtítulo del libro: *Tomando en serio el imperio del erizo*.

En el primer capítulo, “Metaética y/o ética en Dworkin”, se expone, analiza y critica la posición del autor acerca de la metaética. Como se señala en los trabajos y es sugerido por el título del capítulo, pese al rechazo de Dworkin a la posibilidad de adoptar posiciones arquimedianas -externas a la práctica-, sus argumentos contrarios a esas posiciones constituyen, en un sentido relevante, un pronunciamiento en el ámbito de la metaética (o, mejor, de la meta-metaética), lo que puede generar ciertas perplejidades. Los agudos trabajos de Francisco J. Laporta (“El ensayo «Objectivity and Truth: You'd better believe it» de 1996 y la teoría ética de Dworkin”) y de Alfonso Ruiz Miguel (“Dworkin y el limbo de la metaética”) se complementan perfectamente para acercarnos a la posición *dworkiniana* en este campo, centrándose en sus dos obras principales sobre la cuestión: *Objectivity and Truth*, de 1996 y *Justice for Hedgehogs*, de 2011⁴. No

² De un modo muy gráfico, el profesor José María Sauca señala en su introducción (p.15 y 16) que puede dividirse a los autores de las distintas contribuciones en *dworkinistas*, *dworkinianos*, *dworkinólogos*, *dworkinautas* y *anti-Dworkin*, en función de su nivel de compromiso con Dworkin y sus tesis.

³ Véase Dworkin, (1977), (1986) y (2011).

⁴ Dworkin, (1996) y (2011).

obstante, estas contribuciones no se limitan a esas obras, sino que las relacionan con la vida del autor, con sus obras previas y con la posición de otros autores. Asimismo, analizan las variaciones en la posición de Dworkin acerca de estas cuestiones con el transcurso de los años. De este modo, nos permiten aproximarnos con una actitud crítica a las formas de escepticismo que constituyen el objeto de análisis de Dworkin.

En el capítulo II se analiza el concepto de derecho en Dworkin, abordando fundamentalmente la concepción del autor por lo que respecta a la relación entre el derecho y la moral. Así, se exponen sus planteamientos (que en ocasiones son descritos como cambiantes) acerca de la unidad del valor, dilucidando en qué sentido Dworkin ha defendido que el derecho es una rama de la moral. En conexión con lo anterior, se analiza su posición en el debate entre positivistas y iusnaturalistas. En "Dworkin, la eutanasia y la idea de derecho", Manuel Atienza expone de manera clarificadora la irrupción de Dworkin en el debate sobre la conexión entre el derecho y la moral mediante la adopción de una perspectiva dinámica acerca del derecho. En el texto se describe la posición de Dworkin sobre la eutanasia, lo que nos permite entender a partir de un ejemplo concreto qué supone que el concepto de derecho sea interpretativo, y su incidencia en la toma de decisiones por parte de los jueces. Por su parte, José Juan Moreso analiza críticamente en "Los intocables del derecho" dos de las tesis centrales de la teoría del derecho de Dworkin, como son que el Derecho es la institucionalización de la moralidad política, y que hay un desacuerdo teórico ampliamente generalizado sobre cómo han de ser establecidas las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Entre otras sugerentes consideraciones, Moreso arguye que en el derecho hay algunas piezas intocables, no sujetas a controversia, directamente relacionadas con su dimensión institucional, lo que supone poder conciliar las dos tesis de un modo plausible. Por su parte, Andrés Ollero ("En diálogo con Dworkin: Moralidad política y derecho natural") reflexiona en torno a la moral y la posición de Dworkin, planteándose en qué medida sus apelaciones a la moralidad política suponen la adopción de una posición distinta de la de positivistas y *iusnaturalistas*. En conexión con lo anterior, Ollero analiza la concepción individualista del hombre que subyace a la obra *dworkiniana*, junto con otros aspectos como su rechazo de lo religioso o su paternalismo, lo que nos proporciona una comprensión más profunda de los argumentos de Dworkin sobre la relación entre el derecho y la moral. Por último, Juan Antonio García Amado presenta en "Pidiendo el principio. Dworkin y la teoría del derecho en serio" una incisiva y convincente crítica a los principios *dworkinianos*, uno de los elementos centrales de su obra. Así, enfatiza las dificultades que plantea su diferenciación de las reglas y cuestiona otros elementos relacionados con los principios, como la necesidad de apelar al juez Hércules o la tesis de la única respuesta correcta.

El tercer capítulo, "El derecho como práctica interpretativa", resulta de suma utilidad para comprender la visión de Dworkin por lo que respecta a cómo se desarrolla la práctica jurídica. En el primer trabajo, elaborado por Isabel Lifante, se expone de un modo detallado y revelador el "giro interpretativo" que propone Dworkin, adquiriendo especial trascendencia la dimensión valorativa de la interpretación en el ámbito jurídico, fundamental para entender toda su producción en filosofía del derecho. De este modo, la profesora Lifante analiza los distintos sentidos en que Dworkin se refiere a la interpretación con carácter general, y el modo particular en que entiende que el derecho es una práctica interpretativa y su relación con los valores. Por su parte, Juan Manuel Pérez Bermejo aborda el concepto de integridad en Dworkin en su trabajo "El concepto de integridad en la teoría del derecho como integridad". En él, el profesor Bermejo se plantea qué es y por qué es relevante la integridad, dejando constancia de que no se trata de un

elemento meramente formal sino que está ligado a la idea de coherencia y que tiene en la obra de Dworkin distintos fundamentos. De este modo, ambas contribuciones se complementan de un modo excelente para permitirnos profundizar en la concepción interpretativa de Dworkin acerca del Derecho y en su particular defensa de la misma. Finalmente, Gema Marcilla reflexiona en su trabajo “El derecho como integridad: una encrucijada para el iuspositivismo”, acerca de en qué medida los desacuerdos morales a los que se refiere Dworkin pueden plantear un problema para el positivismo. La cuestión de los desacuerdos en el derecho ha constituido un foco de atención constante en los últimos años para los teóricos del derecho, por lo que resulta un tema de gran trascendencia. En los planteamientos de la profesora Marcilla, es particularmente interesante su reflexión acerca de si el positivismo tiene que comprometerse con ofrecer una respuesta para los casos concretos que puedan darse, o limitarse a presentar una caracterización abstracta del derecho.

En el capítulo IV, titulado “La función judicial en Dworkin”, se expone y critica la posición de Dworkin por lo que respecta a la aplicación del derecho por parte de los jueces. Así, en “¿Deberían los jueces tomarse en serio la igualdad «axiológica» ante la ley como principio de adjudicación?”, Marisa Iglesias expone con gran claridad y originalidad el modo en que Dworkin entiende el principio adjudicativo de la integridad, que comprende diversas exigencias y que en una versión razonable puede entenderse como lo que la profesora Iglesias denomina “igualdad axiológica ante la ley”. Este estándar, que no puede identificarse ni con la igualdad formal ni con la material, refleja el compromiso colectivo de gobernar la vida social mediante principios que se apliquen a todos por igual. Iglesias hace de él una lectura novedosa, como exigencia de equidad cooperativa, lo que nos permite considerarlo también en el ámbito internacional. En “Interpretación constructiva y razonamiento abductivo”, Pablo Raúl Bonorino Ramírez explica de un modo esclarecedor en qué medida la interpretación constructiva defendida por Dworkin puede ser vista como un razonamiento abductivo. En este sentido, el profesor Bonorino introduce diversos modos en que puede entenderse esa forma de razonamiento y analiza en qué medida puede suponer una reconstrucción adecuada de cada una de las etapas interpretativas a las que Dworkin se refiere. De este modo, el autor nos proporciona criterios adicionales para evaluar la corrección de una determinada respuesta jurídica, en atención a la estructura lógica de los argumentos que se usan para justificarla. En tercer lugar, Mariano C. Melero de la Torre (“Razonando en la penumbra: El carácter justificativo de la legalidad”), presenta de manera novedosa el debate Hart-Dworkin como una controversia sobre el ideal de fidelidad al Derecho. Además, analiza en qué medida las tesis del positivismo normativo contemporáneo resultan innovadoras y consistentes dentro de la tradición positivista del imperio de la Ley. Finalmente, frente a una concepción sustantiva del imperio de la Ley como la de Dworkin, propone una concepción alternativa que nos conduzca a un entramado institucional que promueva el diálogo y la rendición de cuentas entre los poderes del Estado.

El capítulo V lleva por título “Política en Dworkin”. En “Liberalismo e identidad cultural en Dworkin”, José María Sauca analiza las diversas dimensiones que configuran el universo cultural de los individuos y, en particular, las que configuran la identidad de los mismos. Especialmente relevante es la conexión de la cultura con uno de los elementos centrales de la obra de Dworkin: la comunidad política. Tras su análisis, el profesor Sauca presentará una original versión de liberalismo *dworkiniano*, con un fuerte componente culturalista, en que se da una peculiar articulación entre lo público y lo privado. Por su parte, Ángel Pelayo González-Torre, reconstruye en “El sentido de la vida en Ronald Dworkin: aborto y eutanasia” cuál es la posición de Dworkin en ambos debates. Dworkin interviene en esta discusión, como no podría ser de otro modo, con ideas sugerentes, poniendo el énfasis en el

carácter sagrado de la vida, pero sin asumir una visión religiosa acerca de la misma, y defiende la libertad individual sosteniendo que cada uno debe adoptar libremente las decisiones que crea oportunas sobre su propia muerte. En su interesante trabajo “Igualdad y diversidad ¿Claves de la acción afirmativa?”, María José Añón, tras hacer un recorrido por la jurisprudencia sobre la cuestión, se refiere a la acción afirmativa en Dworkin, centrándose fundamentalmente en la problemática relativa al acceso a la universidad. En este ámbito, la profesora Añón expone que Dworkin es más partidario de medidas de acción preferencial que de cuotas de acceso a la universidad, justificando dichas medidas con base en la discriminación estructural existente en Estados Unidos.

El capítulo sexto se ocupa la cuestión de la igualdad en Dworkin. M. Lourdes Santos Pérez en “Los valores en serio. Repensando el derecho”, explica en qué sentido y medida Dworkin se compromete con la libertad en los ámbitos del derecho, la moral y la política que, en Dworkin, están fuertemente interconectados. Un espacio central de la contribución lo ocupará el análisis de la vinculación entre libertad e igualdad. Por ello, este trabajo resultará de especial relevancia para entender su tesis de la unidad del valor. En “La filosofía del derecho internacional de Dworkin. Una teoría insuficientemente igualitaria”, Isabel Turégano Mansilla señala que, si bien Dworkin asume que las relaciones internacionales no están regidas únicamente por el interés de los Estados en asegurar su supervivencia y autonomía, los principios morales que las inspiran configuran una moralidad de mínimos en la que no tienen fuerza los principios igualitarios que Dworkin sostiene para el interior de los diferentes estados. En este sentido, la autora critica que las dificultades para extender su modelo de igualdad a la esfera global son insuperables si no se modifican sus propias premisas, pero esto no termina de encajar del todo bien con la tesis *dworkiniana* de la unidad del valor. Finalmente, Pablo De Lora, en “Salud, igualdad, fortuna: apuntes sobre la justicia distributiva sanitaria en Ronald Dworkin”, explora las ideas de Dworkin sobre la justicia distributiva sanitaria. Dworkin sostiene que lo que los individuos reciben para curarse, tratarse o prevenir una enfermedad debe ser el resultado de lo que ellos mismos habrían decidido asegurarse dada una situación inicial de igualdad de recursos, una distribución simétrica de la información médica entre los profesionales y los potenciales pacientes, y la ignorancia general sobre las probabilidades de que una persona en particular desarrolle una determinada enfermedad. De modo muy sugerente e iluminador, el profesor De Lora hace referencia a casos como los de las enfermedades raras, que ponen de manifiesto que tiene sentido reclamar del poder público la provisión de un tratamiento sanitario que uno habría rechazado sufragar con sus propios recursos en las circunstancias delineadas por Dworkin.

Por último, el séptimo capítulo lleva por título “Más allá del debate Hart-Dworkin”. En el primero “El debate entre Ronald Dworkin y Jeremy Waldron sobre los límites a la libertad de expresión”, Ricardo Cueva Fernández compara las posiciones de Dworkin y Waldron con respecto al discurso del odio. Dworkin, para quien la posibilidad de expresarse es fundamental a efectos de conferir legitimidad a las leyes, rechaza ciertas limitaciones a la libertad de expresión, incluidas aquellas de carácter antidiscriminatorio. El profesor Cueva critica de un modo convincente su posición, al dejar desprotegidos a determinados colectivos especialmente vulnerables como el de los emigrantes. Por otro lado, J. Alberto del Real Alcalá señala de manera sorprendente en su trabajo “En torno a la completitud del Derecho en Dworkin y Kelsen” que, pese a las diferencias entre ambos autores, Kelsen no estaría tan alejado de la posición de Dworkin como podría parecer, dado que no sostiene que el juez cree derecho ni tampoco que el derecho está indeterminado en un sentido relevante. Finalmente, en “Derecho como integridad y pluralismo de valores: Dworkin y Berlin”, Óscar Pérez de la Fuente expone con una gran

clarividencia la posición de ambos autores por lo que respecta a los valores, destacando en qué medida Dworkin puede ser considerado un erizo, que conoce *una* gran cosa. Como parte de su argumentación, Dworkin destaca nuestra responsabilidad moral a la hora de determinar la solución adecuada para los diversos problemas, en lugar de no asumir esa responsabilidad invocando el pluralismo.

Como puede apreciarse a partir de lo anteriormente expuesto, muchos de los capítulos están fuertemente conectados y la estructura del libro bien podría haber sido distinta. Por ejemplo, textos que están en capítulos distintos analizan problemas muy similares, como la dimensión valorativa de la integridad o el desafío que supone el derecho internacional. Además, pese a que, de acuerdo con su título, en el libro se aborda el legado de Dworkin a la filosofía del derecho, algunos de los capítulos no se refieren a consideraciones jurídicas en sentido estricto. Sin embargo, esto no es una crítica al trabajo, sino que precisamente pone de manifiesto la interconexión de todos los elementos de la obra de Dworkin, y la incidencia que todos ellos tienen, en última instancia, en el ámbito jurídico. Por ello, la selección de los temas y los autores no pueden calificarse más que de excelentes.

En definitiva, como se pone de manifiesto en el libro, y pese a las discrepancias de opinión en torno a su obra, Dworkin es sin duda un autor excepcional, tanto por lo que respecta a su vertiente “destructora” de la posición de otros, como en la de elaboración de nuevas posiciones, que suponen un cambio en los términos de los numerosos debates en que participa. Los textos se refieren de modo recurrente a aspectos como la igual consideración y respecto o la responsabilidad, que son elementos centrales en toda su obra, tanto en cuanto a su teoría del derecho como a su filosofía moral y política. En esta medida, el libro constituye una oportunidad excelente para apreciar la interconexión de los diversos ámbitos, así como para profundizar en sus últimos escritos y analizar las variaciones o diferencias de énfasis y alcance de su posición. Además, la lectura del libro objeto de recensión nos permite no solo apreciar esas conexiones, sino comprobar a partir de diversos ejemplos cómo discusiones con un alto nivel de abstracción tienen una gran relevancia práctica a la hora de posicionarse en debates de gran incidencia social. Y se pone de manifiesto cómo su visión unitaria acerca de los diversos problemas, junto con otros elementos centrales para él, como la coherencia o la responsabilidad, le conducen irremisiblemente a posicionarse, siempre de un modo renovador, en debates de gran calado público. Finalmente, el trabajo resulta especialmente sugerente a efectos de plantearse cómo Dworkin podría haber desarrollado determinadas problemáticas no exploradas en profundidad, como son los desafíos que plantea el derecho internacional. Así, la obra es sin duda una magnífica contribución, que nos acerca a los últimos trabajos del autor y nos proporciona una imagen unificada de su obra, por lo que resulta de lectura ineludible no sólo para comprender y profundizar en el pensamiento del autor, sino también para repensar los problemas centrales de la filosofía del derecho.

Bibliografía

- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth.
- (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press. (1996), “Objectivity and Truth: You'd Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, nº 2, pp. 87-139.
- (2011), *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press.

Leiter, B. (2004), "The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century". *Rutgers Law Journal*, 165, pp. 165-181.

Waldron, J. (2013), "Jurisprudence for Hedgehogs", *New York University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper nº 13-45, pp. 1-31.

Negociación de normas y lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad.

Juli Ponce Solé
(2015), Thomson Reuters-Aranzadi,
Cizur Menor (Navarra), 244 pp.

Oscar Capdeferro Villagrasa
Universidad de Barcelona
ocapdeferro@ub.edu

Si bien, hasta la fecha, los contactos entre los cargos públicos investidos de potestad normativa y los representantes de determinados intereses privados se han venido llevando a cabo en relativo secreto, o cuanto menos discreción y opacidad, lo cierto es que es generalmente conocido que tales contactos han existido y existen, y de hecho así lo puso de relieve el informe de Transparencia Internacional sobre el lobby en España publicado en 2014. Por tanto, aceptando que varios reglamentos y anteproyectos de ley han sido objeto de negociaciones informales y opacas, y que en ellas solo los representantes de algunos intereses particulares han participado activamente, cabe preguntarse si esta desatención por los contactos informales no estará abriendo hasta cierto punto una potencial discriminación en la ponderación de intereses (para la conformación o identificación de los intereses generales) e incluso facilitando prácticas de corrupción como las denominadas “puertas giratorias”.

Esa es la constatación inicial de la que parte el estudio de Juli PONCE, autor de la monografía aquí reseñada, y que, en consecución de un buen gobierno regulatorio, aborda la posibilidad, y necesidad, de regular o formalizar la negociación de reglamentos y anteproyectos de ley con privados.

El estudio se inicia con un capítulo dedicado al papel del Derecho administrativo en relación a la informalidad y a la negociación de normas que tiene lugar en el poder ejecutivo, en el que el lector podrá encontrar una informada referencia a los cambios en el ámbito de la gestión pública en curso, que llevan a pensar el Derecho administrativo también como «un elemento capaz de orientar y guiar [el comportamiento público] en positivo hacia las mejores decisiones posibles en el servicio a los intereses generales» (p. 37), lo que justificaría la regulación de un mecanismo de negociación de normas que pudiera conllevar un mejor servicio al interés general y un buen gobierno regulatorio.

Tras ello, el autor acude al Derecho comparado para ilustrar la proliferación de experiencias dirigidas a la búsqueda del consenso con los potenciales afectados por una norma, y dedica un capítulo al análisis de la negociación reglamentaria en EEUU, país en que se cuenta con una norma sobre procedimiento reglamentario negociado desde 1990 (*Negotiated Rulemaking Act*). Con buen criterio, el análisis no solo se limita a describir los pormenores de la regulación del mecanismo de negociación de reglamentos estadounidense, sino que también presta atención a la aplicación práctica y efectividad del mismo, en busca de las ventajas, posibilidades y también límites de la negociación. La búsqueda es sin lugar a dudas provechosa ya que de la misma el autor extrae, entre otras conclusiones de valor, una de las ideas que más adelante complementarán los argumentos que justificarían la adopción de una medida equivalente en España: las normas negociadas presentan una litigiosidad baja y también probablemente una elevada calidad, pues, según indica el autor haciéndose eco de un estudio de LUBBERS, hasta el año 2008 pocos reglamentos negociados habrían sido impugnados y ninguno anulado.

Al estudio comparado sigue un análisis de la situación en España con relación a la posibilidad de la regulación de la negociación normativa. En primer lugar, el lector puede encontrar una vinculación entre la negociación de normas (y la participación ciudadana) y el movimiento de *better* o *smart regulation*, expresión de la preocupación por la calidad y legitimación de las normas. En particular, el autor señala que la negociación de las normas no solo permitiría una mejora de la calidad regulatoria y del buen gobierno y la buena administración, sino que además permitiría reducir la litigiosidad, incrementar la transparencia y mejorar la participación ciudadana. Sigue el autor argumentando que hay que entender como compatible la negociación de normas de la Administración con privados, que acuden en defensa de sus intereses particulares, y la persecución del interés general, pues cabría entender dicho interés justamente como el resultado de ponderar los distintos intereses en juego, públicos y privados, respecto de una regulación concreta. El haber ponderado adecuadamente los distintos intereses privados facilitaría la aceptación de la norma por parte de los ciudadanos afectados, y, de darse en un procedimiento abierto y transparente, evitaría en buena medida el surgimiento de espacios para las negociaciones opacas que serían, en última instancia, las que podrían dar lugar a supuestos no deseados de corrupción.

El lector también encontrará referencia a la legislación interna que regula el procedimiento de elaboración de normas por parte del poder ejecutivo, así como a la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Dicha ley ha supuesto en nuestro ordenamiento la primera positivización del control del lobbying en España, regulando un registro de grupos de interés e imponiendo obligaciones de proporcionar información sobre sus actividades, la observancia de un código de conducta y la posibilidad de ser sancionados, incluyendo la suspensión o cancelación en el registro, hecho que impediría el acceso del grupo a las instalaciones públicas. El análisis del Derecho interno demuestra que, a pesar de su conveniencia, no existe una regulación que con carácter general se encargue de formalizar, limitar y orientar la negociación de los reglamentos o anteproyectos de ley elaborados por los gobiernos y administraciones.

Tras el riguroso estudio del estado de la cuestión en el ordenamiento vigente y a la vista de los problemas que puede ocasionar el silencio del Derecho al respecto, Juli PONCE formula una sugerente propuesta para una futura regulación de la negociación de normas elaboradas por el poder ejecutivo, que podríamos identificar en una serie de puntos relevantes. 1) A semejanza de los convenios urbanísticos, que serían uno de los pocos casos de negociación de normas con

cierto grado de regulación jurídica, entiende el autor que los trámites negociadores deberían constituir una fase del procedimiento de elaboración de normas del ejecutivo de carácter preparatorio de la norma definitiva, de tal modo que el gobierno o el órgano administrativo competente pueda desvincularse de lo pactado si, reconsiderando el contenido, lo estima ilegal o inconveniente para el interés general, partiendo de la base de que la potestad normativa no es susceptible de transacción. 2) Lo pactado, en todo caso, debería ajustarse al principio de cobertura presupuestaria. 3) La decisión de someter o no el proyecto regulatorio a negociación debería ser una decisión discrecional del propio órgano competente para su elaboración, y del mismo modo, los grupos y ciudadanos que tuvieran noticia de la negociación, podrían asistir voluntariamente. 4) El trámite negociador no debería ser una mera formalidad más sino que debería regir en el mismo el principio de buena fe negocial, de tal modo que, si facultativamente se decidiera abrir dicha fase, la Administración deberá considerar todas las alternativas formuladas y esforzarse por llegar a un acuerdo con los representantes de los distintos intereses afectados, cuando ello sea posible. 5) Debería ser pública y fácilmente accesible la información sobre qué procedimientos de elaboración de normas van a ser objeto de negociación, así como los acuerdos alcanzados y demás actuaciones relevantes que deberían quedar plasmadas en la denominada *huella normativa*. 6) Una vez adoptada la decisión de proceder a la negociación, la Administración debería identificar los principales intereses potencialmente afectados y facilitar la participación y toma en consideración de todos ellos en base a los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad. 7) Este trámite negociador facultativo no debe excluir el posterior trámite de consulta pública, cuando así proceda. 8) Las negociaciones opacas e informales, llevadas a cabo al margen del procedimiento negociador que se instaure, deben ser ilegales, del mismo modo en que debería serlo la norma resultante. 9) La negociación debería ser facilitada por un mediador especialmente preparado para dicha tarea y que gozara de imparcialidad, a efectos de desarrollar su función con objetividad. 10) La regulación del desarrollo de la negociación debería permitir cierta flexibilidad, pero en todo caso debería incluir cláusulas relativas a los posibles conflictos de interés del mediador y promover el impulso de códigos éticos específicos. 11) En caso de mantenerse la informalidad negociadora, el expediente administrativo incluido en la Memoria de Evaluación de Impacto Normativo debería incluir un documento específico sobre los contactos entre el poder normativo y terceros realizados al margen de los trámites participativos formalizados; y dicho documento, la *huella normativa*, debería ser publicado. 12) La competencia para regular la negociación de normas del ejecutivo debería distribuirse entre la del Estado, para regular un hipotético procedimiento reglamentario común en España con los principios y reglas del procedimiento de negociación y el procedimiento específico para el gobierno estatal mediante la reforma de la Ley del Gobierno de 1997; y la competencia autonómica, para regular en sus respectivas leyes de gobierno y procedimiento administrativo las reglas de la negociación. 13) El poder judicial debería modificar ciertas líneas interpretativas que dificultan el control del procedimiento de elaboración de normas del poder ejecutivo, líneas que, de mantenerse, perjudicarían seriamente la eficacia de la regulación sobre negociación propuesta por el autor, como la negativa del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de septiembre de 2003, a controlar los contactos realizados durante la elaboración de reglamentos. 14) El control judicial reglamentario debe incluir el control de la influencia indebida de los grupos de interés, también mediante los contactos no formalizados. 15) Si se adopta un proceso formal de negociación de normas, el control judicial debería alcanzar al acuerdo negociado sobre el que se basa la norma; específicamente, el autor propone la posibilidad de que sean impugnadas las actividades procedimentales de forma independiente, así como la generalización de una presunción de apariencia de mal derecho en caso de solicitud de medidas cautelares, siempre y cuando se aleguen graves vicios en la elaboración

del reglamento o proyecto de ley que no puedan desacreditarse mediante el análisis del expediente de elaboración de la norma.

La obra, cuyo contenido ha sido expuesto aquí brevemente, se nutre de un aparato bibliográfico extenso que incluye un significativo número de obras no solo nacionales sino también extranjeras, y que presta también atención a los pronunciamientos jurisprudenciales, de nuevo tanto nacionales como extranjeros, oportunamente traídos.

Al menos en mi opinión, la última monografía del administrativista Juli PONCE es singularmente recomendable y merece una atenta lectura. Que un jurista no se limite a detallar los problemas interpretativos de normas o las contradicciones y vaguedades de la jurisprudencia advertidas en el ámbito material objeto de estudio en su monografía sino que además se arriesgue a proponer imaginativas soluciones tanto interpretativas, *de lege lata*, como creativas, *de lege ferenda*, supone un esfuerzo suficientemente meritorio como para atraer la atención del jurista curioso. Si además la singladura investigadora del autor lo lleva por zonas doctrinal y normativamente desatendidas, fronterizas, y que suscitan preocupación social, como es el caso de la obra reseñada, la misma se vuelve, si se me permite la expresión, necesaria para el debate jurídico, pues centra la atención sobre una cuestión preocupante que acaso merezca mayor reflexión académica y mejor regulación normativa.

Sin lugar a dudas, el libro encuentra su publicación en un momento muy oportuno y propicio para la discusión tanto de la materia estudiada como de las soluciones regulatorias propuestas por el autor, pues no debe olvidarse que, en los pocos meses transcurridos desde la publicación del libro, han sido aprobadas varias normas e iniciativas que parecen querer empezar a incidir, con mayor o menor ambición, sobre la problemática trabajada por Juli PONCE. Por ejemplo, se ha aprobado la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuyos artículos 127 y ss. se incorporan reglas generales sobre la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos, que incluyen principios de buena regulación y exigen requisitos de publicidad. Asimismo se puede destacar la publicación del Decreto catalán 171/2015, de 28 de julio, sobre el Registro de grupos de interés de la Administración de la Generalitat y de su sector público; y, tampoco quisiéramos dejar de mencionar que, a principios de marzo de este mismo año 2016, la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia ha creado un registro de grupos de interés voluntario y público.

Fuerza de Ley.

Frederick Schauer
(2015), Palestra Editores,
Lima, 385 pp.

Heber Joel Campos Bernal¹
Pontificia Universidad Católica del Perú
hcampos@pucp.pe

Soy profesor de Introducción a las Ciencias Jurídicas. Cuando empiezo un nuevo semestre siempre les pregunto a mis alumnos: ¿Qué es para ustedes el derecho? Sus respuestas son variadas. No espero respuestas concluyentes. Mi intención es conocer cuál es, desde su punto de vista, la definición que poseen de esta disciplina. Sus respuestas, por lo general, suelen ser las siguientes: i) el derecho es un conjunto de normas, y ii) el derecho es un instrumento para resolver conflictos (sociales, políticos, y económicos). Sus respuestas me generan dudas, entonces, vuelvo a preguntar: ¿y en qué se diferencian las normas jurídicas de, digamos, las normas morales o religiosas? Me responden: en que las primeras pueden ser impuestas por el Estado. Las normas jurídicas gozan de un atributo que no se presenta en las demás normas: su cumplimiento obligatorio.

¿Qué quiere decir que una norma es obligatoria?, ¿qué quiere decir que una norma puede ser impuesta por el Estado recurriendo, incluso, a la fuerza?, ¿Las normas jurídicas se distinguen de las demás normas solo por esa cualidad?, ¿cumplimos las normas por temor o porque nos identificamos con ellas?, y, por último, ¿qué significa que se haga uso de la fuerza para obligarnos a cumplir las normas?

En *Fuerza de Ley* (*The Force of Law*) Frederick Schauer intenta responder a estas interrogantes. Lo hace desde un enfoque que posee un aire de familia con una corriente iusteórica muy afamada: el positivismo analítico. La aproximación de Schauer, como veremos, es sugerente e ingeniosa, y vale la pena prestarle atención, pues contrasta con otras que sobre el particular han avanzado autores como Bentham, Austin o Hart.

En las líneas que siguen presentaré, grosso modo, algunas de las ideas más importantes desarrolladas por Schauer en este libro. Me importa resaltar, en esa medida, las preguntas que propone, las cuales giran, principalmente, en torno a las implicancias de la coerción estatal en la definición del derecho y en los motivos –las

¹ Abogado y Magister en Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la PUCP.

razones psicológicas— que hacen que adaptemos nuestro comportamiento a las normas.

Frederick Schauer es profesor de Filosofía y Teoría del Derecho en la Universidad de Virginia. Antes fue profesor y Decano de la *John F. Kennedy, School of Government*, de la Universidad de Harvard. En dicho centro de estudios se especializó en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, referida al derecho a la libertad de expresión. Su campo de reflexión comprende tanto el derecho constitucional como el razonamiento legal.

Schauer es conocido entre nosotros por la traducción de *Las reglas en juego* (2004) (*Playing with rules*) y *Pensar como abogado* (2012) (*Thinking as a Lawyer*). Ambos dan cuenta de su interés por la filosofía del derecho y, en especial, por la argumentación jurídica.

En *Las reglas en juego* Schauer plantea un examen crítico de la naturaleza de las normas y las divide, siguiendo el legado de Hare o Austin, entre reglas descriptivas y reglas prescriptivas. Las primeras son aquellas que aluden a hechos o datos de la realidad. Mientras que las segundas son aquellas que buscan modificar o alterar nuestra conducta. Dentro de estas últimas, a su vez, es posible distinguir entre sugerencias o recomendaciones y entre mandatos u órdenes. Las normas jurídicas se inscriben de lleno en el segundo grupo. Schauer considera que las reglas constituyen generalizaciones probabilísticas, que presentan una relación dinámica entre su predicado fáctico y sus razones subyacentes².

En *Pensar como abogado* Schauer centra su atención en las instituciones básicas del derecho. Explica qué son las normas y qué rol cumplen en los sistemas jurídicos. Explica, asimismo, cuál es la relación entre la moral y el derecho y qué implicancias tiene en la interpretación de las normas. Por último, se ocupa de las fuentes y la influencia que, poco a poco, ha ido adquiriendo la jurisprudencia en la práctica del derecho en el mundo contemporáneo.

Se trata, por decirlo en términos simples, de un manual donde nuestro autor vuela su experiencia de más de 30 años como profesor y teórico del derecho.

En *Fuerza de Ley* Schauer discute un problema distinto. Esta vez no se ocupa ni de las reglas, ni del razonamiento legal. Su punto de mira consiste en la naturaleza del derecho y el rol que juega la coerción estatal en ella. En este libro Schauer desarrolla una línea argumentativa que lo lleva a desafiar la tradición iusfilosofica imperante, según la cual la naturaleza del derecho reside en los principios y fundamentos morales de la comunidad política, antes que en la fuerza y en la autoridad del Estado para ejercerla³.

Un problema, entonces, para Schauer es que los filósofos del derecho –a lo Hart– se hallan concentrados en encontrar cualidades intrínsecas o esenciales del derecho, antes que cualidades contingentes o provisionales. Las cualidades

² Para Schauer al desfase entre las razones probabilísticas y los hechos o circunstancias de la realidad se lo denomina: experiencias recalcitrantes. Estas pueden darse por sobre inclusión, cuando la razón subyacente de una norma abarca supuestos que no deberían ser considerados por ésta, y por sub inclusión, cuando, a su vez, la razón subyacente de una norma deja de lado supuestos que sí deberían ser considerados por ésta por compartir los mismos principios morales o sentidos valorativos.

³ Schauer pone en cuestión las ideas avanzadas, por ejemplo, por Tom Tyler, para quien las personas obedecen las normas, esencialmente, por razones morales antes que por temor al uso de la fuerza. Vid. T. Tyler (2015).

esenciales son aquellas que pueden predicarse del derecho en cualquier tiempo o lugar. Las cualidades contingentes, en cambio, son aquellas que solo pueden predicarse en función de ciertos elementos o aspectos en concreto. La coerción es una cualidad contingente del derecho. Puede echar luz sobre un aspecto muy importante de la práctica jurídica, pero no explica –ni pretende explicar– otros tan o más significativos que éste. Para Schauer los individuos cumplimos las normas no solo por temor a la imposición de sanciones, sino también por razones morales o éticas. El punto es que éstas últimas no permiten comprender qué es el derecho y qué lo hace tan decisivo para la convivencia armónica.

“Nuestro interés por el derecho es en gran parte un interés en el derecho en la medida en que tiene consecuencias causales, y para ese propósito la distinción entre el derecho que hace una gran diferencia en el comportamiento y el que no hace diferencia alguna es de central importancia. Si estamos interesados en la obediencia al derecho, debemos enfocarnos en el efecto del derecho sobre las personas que, de no haber sido por el derecho mismo, habrían hecho algo distinto del contenido que prescriben los mandatos jurídicos” (Schauer, 2015: 155).

Schauer presenta la historia del derecho desde la mirada de la coerción estatal. En su relato destacan los nombres de autores como Bentham y Austin. Para el primero las normas deben ser lo más claras y transparentes posible. Para Bentham el incentivo para que las normas sean ambiguas es el fin de lucro. Bentham solía decir por ello –y así lo resalta nuestro autor– que “[...] la indeterminación y la complejidad contribuían a la conspiración, incrementando los ingresos de los abogados y el poder de los jueces en detrimento del bien común. Con toda seriedad (el único modo en que parece se manejaba), Bentham sugirió en relación con esto que debería ser contrario a derecho que se cobrara dinero a cambio del asesoramiento jurídico. Creía que si hubiera una prohibición tal, los incentivos para hacer del derecho algo más complejo y menos accesible para el ciudadano común desaparecerían” (p. 78).

Austin, siguiendo la misma senda que el autor de “*Un Fragmento sobre el gobierno*”, considera que las normas deben ser puntuales. A su juicio, estas deben consistir en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica cerradas. Para Austin las normas pueden ser definidas como órdenes dadas por un soberano. Schauer considera por ese motivo que para Austin: “[...] el derecho era simplemente el mandato del soberano respaldado por la amenaza del castigo ante el incumplimiento. Y según él se seguía de ello que tener una obligación jurídica era, de manera igualmente simple, ser el destinatario de un mandato respaldado por una amenaza. Paralelamente, Austin entendió el mandato como la expresión de un deseo o interés, pero, a diferencia de otras expresiones tales –pedidos, aspiraciones o esperanzas, por ejemplo un mandato era la expresión de un deseo o interés respaldado por “el poder y la intención de quien emite el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho” (pp. 88-89).

Tanto Bentham como Austin son, a decir de nuestro autor, parte de la tradición de la filosofía del derecho analítica que puso de relieve el papel de la coerción estatal en la definición y comprensión de los sistemas jurídicos. Ambos autores destacan la importancia de pensar el derecho a la luz de las órdenes dadas por un soberano. Para Schauer dicha tradición no se ha agotado. Por el contrario, tiene un matiz que no estaba presente en sus inicios y que él busca, por tanto, revelar.

Así, en la línea de lo anotado, hay un autor que constituye un punto de quiebre en la senda de Bentham y de Austin. Este es, qué duda cabe, H.L.A. Hart. Para el autor de *“El concepto del derecho”* las normas no consisten únicamente en órdenes o mandatos de un soberano. Estas comprenden también normas de segundo orden o secundarias. Entre estas últimas se hallan: la denominada regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las de adjudicación. Las normas de segundo orden, a diferencia de las normas primarias o deónticas, no remiten, necesariamente, a sanciones. Se trata de normas que sirven para aplicar e interpretar otras normas. La sanción o el castigo no son, en ese sentido, elementos inherentes a éstas.

Según Schauer:

“La crítica de Hart al modelo austineano se centraba en dos asuntos principales. El primero era la continuidad con las objeciones anteriores hechas por Pound y otros: que mucho de lo que generalmente se entiende como derecho queda o bien ignorado o bien explicado de forma poco satisfactoria, por una teoría basada en la sanción. Pero Hart llevó estas críticas aún más lejos. No solo volvió a enfatizar que la coerción no parece explicar el estatus jurídico de los contratos, testamentos, créditos y otras operaciones jurídicas facultativas, sino que también exploró un tema brevemente apuntado por Pound y Allen: el papel primeramente constitutivo del derecho respecto de esa clase de arreglos. En efecto, en su lección inaugural como catedrático de teoría del derecho, en 1953 en Oxford, desarrolló un tema que luego sería prominente en la discusión de John Searle entre reglas constitutivas y regulativas. Las reglas regulativas, el tipo más familiar de regla, gobiernan conductas cuya existencia es lógicamente anterior a las reglas mismas” (p. 112).

Para Hart, por tanto, pueden existir normas que no impliquen, necesariamente, la imposición de sanciones. Estas serían las denominadas normas secundarias, que cumplen una función, por decirlo de alguna manera, meta jurídica: establecen las condiciones y el modo de aplicación de las normas primarias.

Lo anterior se asocia con la idea de que las personas cumplen con lo que prescriben las normas también por consideraciones morales o éticas. Esta idea es expresada por Hart en *“El concepto del derecho”*, cuando afirma: “Es indudable que el derecho no es la situación del asaltante a gran escala y es indudable que el orden jurídico no ha de ser entonces identificado simplemente con la compulsión” (p. 364). Para Hart, como señala Schauer, no queda duda de que la fuerza no es un elemento esencial del derecho. Para este autor lo realmente característico de los sistemas jurídicos modernos es la presencia de normas primarias y secundarias, y dentro de este último grupo, de una regla de reconocimiento que permite discriminar entre lo que puede ser o no considerado como derecho.

Schauer coincide con Hart hasta cierto punto. El profesor de la Universidad de Virginia no discute que la coerción estatal, la fuerza, sea –o pretenda ser– un elemento esencial de la naturaleza del derecho. De hecho, sostiene que no es así, y que la coerción cumple una función de otro tipo. Sin embargo, considera que al margen de esta afirmación, es necesario prestar atención al rol que juegan las amenazas en la dinámica y funcionamiento de los sistemas jurídicos. En sus propios términos:

“El derecho hace mucho más que solo controlar, amenazar, castigar y sancionar y no siempre necesita de la coerción para hacer lo que puede

hacer. Pero el hecho de que la coerción no sea todo el derecho, ni una característica definitoria de éste, no quiere decir que no sea nada para el derecho, ni una parte irrelevante de éste. Relegar el aspecto coercitivo del derecho a los márgenes del interés teórico es perverso. Y con ello, la adopción de una concepción de la filosofía del derecho que facilite tal marginación lo es todavía más.” (pp. 377-378).

Entre dichas funciones se hallan, por ejemplo, el permitir que las personas adapten su comportamiento a lo que prescriben las normas. Lo que sanciona el derecho no siempre se asume de forma natural; sin embargo, es posible que con el paso del tiempo se interiorice lo que ordena. El derecho juega, en ese sentido, un papel de adaptación frente a lo que, en un principio, los individuos rechazan. Lo que hace entonces que esta situación cambie es la observación y la repetición continuas de determinadas reglas y hábitos. Son estas las que, en el fondo, contribuyen a que adaptemos nuestra conducta a lo que exige el derecho:

“[...] el efecto del derecho sobre las actitudes puede estar en función de la bien fundada conclusión, en el campo de la psicología, de que las preferencias de la gente a menudo cambian como consecuencia de las elecciones forzadas. En la medida en que el derecho (o algo más) compele a las personas a adoptar comportamientos inconsistentes con sus preferencias previas, hay algunos mecanismos, de entre los que destaca el deseo de reducir la disonancia cognitiva, que bien pueden llevar a las personas a adaptar sus preferencias a lo exigido por el derecho. Podríamos llamar a este proceso como de simple persuasión, pero la idea de adaptación parece más cercana a lo que acontece” (pp. 342-343).

Otra función relevante es prevenir que “las buenas personas hagan lo que creen que son buenas cosas, por buenas razones” (pp. 375-376). Para Schauer los individuos sobre estimamos nuestra capacidad de comprensión de la realidad. De tal manera, que hacemos, a veces, lo opuesto de lo que queremos hacer. Eso se debe a que pensamos que las razones que nos impulsan a actuar son, en un sentido general, las mejores razones disponibles. Schauer considera que ello no es así, y que el derecho, felizmente, se sirve de la coerción para ayudarnos a distinguir la realidad de nuestros deseos.

“Que el 80% de los conductores crea que conduce con una habilidad superior a la media no habla solo de la conducción sino también de la bien documentada tendencia de la gente a tener una gran confianza en sus propias habilidades y en su propio juicio, una confianza que a menudo es injustificada” (p. 376).

La pregunta última de Fuerza de Ley es ¿por qué obedecemos el derecho? Schauer considera que no hay respuestas definitivas a esta pregunta. No es cierto que lo hagamos solo por temor al uso de la fuerza –como pensaba, por caso, Austin–, pero tampoco lo es que lo hagamos solo por razones morales o éticas. El punto, sin embargo, no es ese. La cuestión principal es entender que rol cumple el uso de la fuerza en la dinámica del derecho *qua* derecho, y de qué modo ello nos ayuda a comprender aspectos que, a primera vista, resultan ambiguos o borrosos. Aspectos como el autointerés, la presión social, la adaptación, las fuentes del derecho, etc. El uso de la fuerza si bien no ayuda a explicar en qué consiste la naturaleza del derecho, si contribuye a entender cuál es la relación entre las normas y su legitimidad, y qué hace que algunas disposiciones sean aceptadas, de forma más sencilla, que otras.

El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad.

Antonio Negri.
(2015), Traficantes de Sueños.
Madrid, 424 pp.

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Autónoma de Madrid
ricardo.cueva@uam.es

Hay libros que resultan recuperados a través de su oportuna reedición en momentos políticos álgidos. En esos instantes, la coyuntura social y económica y la inquietud consiguiente hacen surgir un público ávido de discurso, a menudo conformado además por generaciones que se encuentran con un paraje desértico en el que no abunda el avituallamiento. La reciente publicación del viejo libro de Antonio Negri, *El Poder Constituyente*, creo que obedece a este fenómeno, considerando que su primera edición se remonta nada menos que a 1992 (Sugarco, Milán). Negri es hoy día especialmente conocido gracias a sus últimos trabajos elaborados con Michael Hardt, pero en realidad su trayectoria brota de los años cincuenta y muy especialmente a través de su combate político desde la denominada “izquierda obrera” de la década de los sesenta. Autor controvertido y que cayó pronto bajo la atención de las autoridades italianas durante los “años de plomo”, Negri se vio obligado a huir a Francia en 1983. Precisamente de su estancia en prisión de 1980 data su *Anomalía Salvaje*, la primera obra que le condujo a Spinoza en busca de una ontología para la democracia.

Con *El Poder Constituyente* el profesor paduano prosiguió la andadura iniciada años atrás, y en la que señalaba al filósofo judío como continuador de una línea iniciada por Maquiavelo y luego trasladada a Marx, frente a otra representada en cambio por Hobbes, Rousseau (*pace Della Volpe*) y Hegel. Valga señalarse en este aspecto, además, que su concepción sobre el poder constituyente no guarda relación alguna apenas con los debates habituales en el Derecho Constitucional. Para él no es “un signo de violencia fundadora” ni un “poder de excepción”, sino la “capacidad de instaurar un ordenamiento de libertad e igualdad” (pp. 11-12). Hablar de poder constituyente es hablar de democracia (p. 27), y en esto es verdad que coincidiría con toda una pléyade de autores. Pero, al contrario que casi todos ellos, entiende que no se corresponde con soberanía (pp. 43, 53). Esta última es reclamada como *suprema potestas*, una “finalidad consumada,” cuando en realidad

el poder constituyente carece de ella; la soberanía “es un tiempo y un espacio limitados y fijados, mientras que el poder constituyente es pluralidad multidireccional de tiempos y de espacios” (p.43).

Y es que además el sujeto del poder constituyente no es tampoco el pueblo (y menos aún la nación, pp. 18, 30, 58), excepto en las dimensiones de representación (p. 59), mistificadoras y desvirtuadoras de aquél (pp. 41-42). Lo es en cambio la multitud, “conjunto de singularidades, multiplicidad abierta” (p. 44), que Negri extrae de la obra espinoziana (p. 386) y que en consecuencia dispone de una potencia, fuente de excedencia productiva (p. 20), abierta, expansiva y creadora. La democracia, de hecho, se resiste a la constitucionalización, porque es una *teoría* del gobierno absoluto, mientras que el constitucionalismo es una teoría del gobierno limitado y que por lo tanto restringe la *práctica* de la democracia (p. 28).

Asimismo, el poder constituyente representa una “extraordinaria aceleración del tiempo”, vinculándose con fuerza “al concepto de revolución” (p. 40). El tiempo del constitucionalismo en cambio, es inercial (p. 41), “una referencia continua al tiempo transcurrido, a las potencias consolidadas (...), al espíritu replegado”. Por contra, el poder constituyente es siempre “fuerte y futuro” (p. 40). Negri encuentra como primer autor que señala esta dimensión a Maquiavelo. Para él, “el tiempo es la materia de la que están hechas las relaciones sociales”, es “la sustancia del poder”, “el ritmo conforme al cual se miden y se ordenan todas las acciones constitutivas del poder” (p. 75). La intuición del florentino en su *Príncipe* es la de “un poder constituyente que funda el Estado innovándolo y que, por lo tanto, consiste en una fundación carente de presupuestos” (p. 97). En los *Discursos* concluirá que precisamente “el único contenido absoluto de la forma constituyente es el pueblo”, y su constitución la democracia (p. 104), alejándose así de la fórmula mixta polibiana que buscaba una especie de equilibrio político combinando distintos órdenes sociales (p. 131).

La estela de Maquiavelo resulta proseguida a su vez por la obra de James Harrington, escrita durante el período republicano de la *Commonwealth* inglesa de mediados del siglo XVII. Para Antonio Negri aquel escritor rechazó, igual que el florentino, la constitución mixta, en concreto en su forma gótica de la tradición autóctona, siendo exponente además de la idea de “contrapoder” (p. 159). Si la corrupción de la república puede ser evitada donde hay armas populares, y a su vez su base se encuentra en la propiedad de la tierra, debe procederse a una redistribución de la misma (p. 161). El *Oceana* de Harrington, pues, defiende una propiedad “tendencialmente igualitaria y socialista” mediante una ley agraria que limite la envergadura de las porciones apropiables (p. 163). En el régimen que propone la única legalidad posible es la que se fundamenta en el *contrapoder* de la multitud, que disfrutaría así de la propiedad de más de la mitad de la tierra disponible, conforme al canon oceánico (p. 166). Y sin embargo, finalmente, la teoría harringtoniana será arrumbada por esa combinación de poder financiero y resurrección de la constitución gótica que se produce tras el paréntesis republicano en Inglaterra y uno de cuyos principales defensores fue John Locke (p. 193).

Negri prosigue inmediatamente después con otro período significativo de la “Historia atlántica” (noción extraída de Pocock, como algunos otros elementos), que es el de la revolución norteamericana. Aquí la ruptura del tiempo cíclico entrevista por Maquiavelo se traduce en el hecho de que la emancipación y la sociedad política coinciden en un instante determinado, para luego hacer ciudadanos a los individuos y al mismo tiempo apropiadores de un espacio indefinido en el que la frontera resulta lejana (p. 210). Su máximo representante será Jefferson. Pero con la Constitución de 1787 pasa a situarse un “eje central de mediación política, de

filtrado, equilibrio, control y compromiso de los intereses sociales”, derivando en la domesticación del poder constituyente (p. 217), que ya no va a ser un atributo del pueblo, de aquel pueblo libre y capaz de reinventar su libertad en los grandes espacios americanos, sino un *modo* de la sociedad política. De esta manera el pueblo quedará ahora conformado a través de la representación, de la división de poderes, y en fin, de todos los resortes de la máquina constitucional (p. 221).

La revolución francesa, de otra parte, supone, además de un relámpago que sacude en un corto tiempo los cimientos sociales y políticos del antiguo régimen (p. 257), una serie de cambios importantes en la concepción del poder con respecto a los anteriores episodios históricos. Y es que, en efecto, si el concepto de poder constituyente se ha desarrollado tras Maquiavelo en el espacio, es decir como contrapoder en la teoría harringtoniana y como frontera de la libertad en el continente americano, en la Revolución francesa las masas reconquistan el terreno de la temporalidad, pues aquí “en el asalto al poder constituido queda comprendida la revuelta en la producción frente las determinaciones espaciales de la esclavitud del trabajo” (p. 259). Existe, pues un encaminamiento a “la realización íntegra, absoluta, en lo político y en lo social del proceso democrático” (p. 259). En la revuelta de los *sans culottes* “el poder constituyente de las masas encuentra en el tiempo de la burguesía, esto es, la organización del tiempo de la jornada laboral, como su obstáculo” (p. 263). Sieyès expresará esta introducción irreversible del trabajo en el debate histórico, de modo que “una vez definido el trabajo como el valor ordenador de la constitución, la lucha se abrirá en lo social” (p. 291). Marx percibirá el fenómeno de manera muy clara, advirtiendo que “sólo la Revolución francesa introduce el concepto de poder en la temporalidad concreta de la vida social y solo ella hace del tiempo una potencia constitutiva, radicalizando la alternativa entre la dimensión revolucionaria del trabajo y la dimensión conservadora de la propiedad” (p. 303). Tiempo y productividad son así “dimensiones de una única sustancia, el trabajo” (p. 305), y a su vez “el trabajo vivo es poder constituyente que se opone al poder constituido y es, por lo tanto, apertura incesante de nuevas posibilidades de libertad” (p. 340). Determina el espacio de la cooperación social (p. 340) y se identifica con la ciudadanía, de manera que “el poder constituyente se torna cada vez más en un derecho subjetivo público de todo ser humano”, siendo “realizado por igual tanto en el terreno socioeconómico como en el político, sin que uno pueda proclamar su hegemonía sobre el otro” (p. 343).

Lógicamente, este acercamiento a la obra de Marx le conduce a Negri a su vez a aproximarse a la Revolución rusa y el inicio del gobierno soviético, atribuyendo a la actitud de Lenin y sus seguidores la de un compromiso que desembocaría en un “cortocircuito” (p. 374) por obviar lo que certamente señalaría Max Weber en uno de sus análisis y Rosa Luxemburgo de forma paralela, a saber, la inexistencia de una sociedad civil verdaderamente configurada y con la que el partido bolchevique pudiera entrar en intercambio (p. 375). El resultado fue “la derrota de la democracia y la afirmación de una gestión dictatorial y burocrática” (p. 376).

Podemos concluir, pues, que *El Poder Constituyente* es, sin duda, un trabajo que ha merecido recuperarse, y más gracias a una versión que lo traduce directamente del italiano y con un esfuerzo considerable de salvar las dificultades intrínsecas del texto. Devuelve al escenario intelectual un título indispensable, cuyo autor, pensador complejo y erudito, es asimismo conocedor de una amplia bibliografía sobre los temas que aborda y dueño de un verbo fluido y eficaz, que atrapa y alienta. Bajo sus líneas late, sin duda, una fuerte impronta moral. Hay una toma de partido por los desfavorecidos, una genuina confianza en su fortaleza (o potencia, podríamos decir) y un empeño en implicarse en la acción encaminada a la transformación social.

Sin embargo, quizás precisamente esa intención pedagógica y ese interés auténtico por la actividad política se compaginen mal con la excesiva carga de unos planteamientos intelectuales difíciles de penetrar. Negri parece gozar llevándonos de un lugar a otro de su texto con escasa sistematicidad, y utilizando un hilo conductor de carácter histórico más bien como excusa para exponernos muchas de sus propias ideas que ya aparecían en *La Anomalía Salvaje* (de hecho atribuye posturas a diversos autores, como Maquiavelo o Harrington, o el propio Spinoza, que quizás se compadezcan mal con la realidad, configurando así más bien ejes intelectuales de referencia). Estamos, resulta claro, ante la obra de un autor que desea sinceramente propagar ideas de carácter transformador, pero es difícil vislumbrar cómo pueden aplicarse sus formulaciones o, al menos, hacerse mínimamente ininteligibles para ser empleadas en un discurso político popular. Negri nos dice a lo largo de su texto lo que *no es* el poder constituyente, pero no nos explica qué es exactamente la multitud, o lo que es lo mismo, no nos indica *cómo se hace presente*. No siendo ni representación, ni unicidad, ni tampoco procedimiento (queda ausente reflexión alguna sobre las mayorías y su conformación, o acerca de los derechos y las minorías), la vaguedad de su propuesta resulta algo desalentadora. Negri es marxista, pero posmoderno, lo cual supone suprimir la idea del sujeto proletario como artífice de revoluciones. Esto le es útil, desde luego, para desvincularse del protagonismo de un partido comunista de vanguardia, algo que de todas formas ya denostaba desde su juventud. Pero le hace escorar hacia cierto espontaneísmo un tanto volátil, que aunque puede sobrevivir a todo tipo de mutaciones, por eso mismo no arranca soluciones específicas para la realidad apremiante del pluralismo y la diversidad. Aunque Negri enaltezca, así, “las infinitas expresiones de la multitud” (p. 416), no acierta a exponer el camino, o dicho de otro modo, la praxis que nos conduciría de aquéllas a una “democracia real de derecho y apropiación, de reparto igualitario de la riqueza y de participación igualitaria en la producción” (p. 389). Y menos aún considerando que apoya las fórmulas de resistencia al poder en varias de sus páginas, al igual que en su obra en general, pero no nos ayuda a diferenciar las que orientan hacia la emancipación de las que no, dado además que el sujeto que pudiera articularlas, la *multitudo*, resulta en todo caso un ente indefinible, sin contorno claro.

Sin embargo, hay algo que atrae irremisiblemente en el verbo de Negri. Es toda una intuición, bien trasladada por su capacidad para construir una disertación que atraviesa el tiempo y el espacio recurriendo a los muy humanos dispositivos de las pasiones, los afectos y el deseo, e impelida siempre por una intensa vocación democrática. Se trata del rechazo a la división entre lo político y lo social que nos aliena del control de nuestras propias vidas. Y que apela, en última instancia, a la creencia de que la cooperación en pie de igualdad entre seres humanos, ya no es que sea su única salida para sobrevivir, sino que además es la que verdaderamente les puede conducir a la sobreabundancia de su constitución *social*.