



 **eunomia**
Revista en Cultura de la Legalidad

ISSN 2253-6655

NÚMERO 14
Abril – septiembre 2018



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

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

2253-6655

Consejo de Redacción

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España
JOSÉ LUIS DEL HIERRO AGUAZAS, Universidad Complutense de Madrid, España
PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO (SECRETARIA ACADÉMICA),

Universidad Rey Juan Carlos, España

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

JOSÉ MARÍA SAUCA CANO (DIRECTOR), 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

MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España

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

Consejo de Edición

CARLOS ALONSO MAURICIO (COORD), Universidad Carlos III de Madrid, España

DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

JORGE SAN VICENTE FEDUCHI, Universidad Carlos III de Madrid, España

ALEJANDRO COTEÑO MUÑOZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España

RUBÉN GARCÍA HIGUERA, 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	6
------------------	---

Estudios

<i>Crisis de la democracia representativa: alternativas participativas o democracia directa con medios electrónicos</i> Antonio A. Martino	9
<i>La armonización de la legislación penal en América Central</i> Francisco Javier Álvarez García	33
<i>Servicios de ocio y derecho humano al bienestar</i> María Cimmino	51
<i>Emociones, acción y excusas</i> María Laura Manrique	71
<i>La mediación en sociedades interculturales. Referencia a la posible actuación del Defensor del Pueblo en procesos de mediación</i> María Pérez-Ugena Coromina	87

Foro y ágora

Monográfico *Cultura de la Legalidad e impunidad* Isabel Wences y Cecilia Güemes (Coords.)

<i>Impunidad en Brasil: causas y consecuencias</i> Helder Ferreira do Vale	106
<i>Sustitución de cultivos ilícitos y cultura de la legalidad en Colombia</i> Erika R. Rodríguez Pinzón	124
<i>Justicia de élite: impunidad y desigualdad</i> José de Jesús Pérez Martínez	142
<i>La impunidad en el contexto de la desaparición forzada en México</i> Lucía Guadalupe Chávez Vargas y José Antonio Guevara Bermúdez	162
<i>Narrativas de la legalidad en el hiperpresidencialismo constitucionalizado ecuatoriano</i> Efrén Ernesto Guerrero Salgado	175

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Bien común</i> Timothy Murphy	191
<i>Colonialidad (jurídica)</i> Pedro Garzón López	206
<i>Indio (denominación)</i> Yaneth Katia Apaza Huanca	215
<i>Excepciones a derechos</i> Marcos Andrade Moreno	226
<i>Presidencialismo</i> Ana Catalina Arango Restrepo	244
<i>Juicio político (impeachment)</i> Juan M. Mocoora	262
<i>Referéndum</i> Jorge San Vicente Feduchi	274
<i>Whistleblowing</i> José Luis Pérez Triviño	285
<i>Violencia escolar</i> Úrsula Zurita Rivera	299
<i>Corrupción en las transacciones comerciales internacionales</i> Julio Díaz Maroto y Villarejo	310

Releyendo a...

<i>El Código penal alemán (Das deutsches Strafgesetzbuch)</i> Miguel A. Cobos Gómez de Linares	322
---	-----

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Neoliberalismo versus democracia</i> María José Fariñas	342
---	-----

BOOK FORUM

- Jorge Malem Seña (2017), Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica: desigualdad.*
Sebastián Agüero-SanJuan 353
- Jorge Malem Seña (2017), Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica: el lado oscuro de la corrupción*
Hugo Seleme 364
- Respuestas a Sebastián Agüero y Hugo Seleme*
Jorge Malem Seña 373

RECENSIONES

- Carles Ramió (2017), La Administración Pública del Futuro (Horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*
Cecilia Güemes 379
- Abraham Castro Moreno y Pilar Otero González (Dir.), Ana María Garrocho Salcedo (Coord.) (2017), Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal Español y desde perspectiva comparada*
Alejandro Coteño Muñoz 385
- Paolo Lobba y Triestino Mariniello (Eds.) (2017), Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*
Jorge Rodríguez Rodríguez 390
- Cesar Rendueles (ed.) (2017), Antonio Gramsci: Escritos (Antología)*
Ricardo Cueva Fernández 394

Presentación

Foreword

José María Sauca

Universidad Carlos III de Madrid

Dirección de la revista *Eunomía*

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4152>

El invierno del Hemisferio Norte va cediendo en su rigor y la expectativa de la primavera anuncia la aparición de un número par de *Eunomía*, en esta ocasión, el catorce. Esta primera frase de la presentación –o su simétrica en el subcontinente– creo que podría ser exhibida, sin mucho esfuerzo, como un notorio ejemplo de desproporción y de exageración. Sin embargo, con la misma insistente perseverancia mecánica seguimos constatando la obscena desproporción y exageración de las tramas globales de las Odebrecht, Lava Jato o JBS o, de nuestras locales Gürtel, Lezo o Púnica o de tantas y tantas otras y, de fondo, con un horizonte en el que México rompió la barrera de los 29.000 homicidios intencionales en el 2017. La violencia, la corrupción, la pobreza, la violación de los derechos y las falencias de la democracia siguen haciéndose presentes como realidades implacables e impactantes. No obstante, si algo da sentido a una empresa colectiva como una revista en Cultura de la Legalidad es mirar más allá de los datos; es no aceptar esos males como necesarios e irremediables. Mario Vargas Llosa abría su *Conversación en la Catedral* de 1969 articulando hechos y deshechos: «Desde la puerta de *La Crónica* mira la avenida Tacna, sin amor: automóviles, edificios desiguales y descoloridos, esqueletos de avisos luminosos flotando en la neblina, el mediodía gris ¿En qué momento se había jodido el Perú? Los canillitas merodean entre los vehículos detenidos por el semáforo de Wilson voceando los diarios de la tarde y él echa a andar, despacio, hacia la Colmena. Las manos en los bolsillos, cabizbajo, va escoltado por transeúntes que avanzan también, hacia la Plaza san Martín. Él era como el Perú, Zavalita, se había jodido en algún momento. Piensa: ¿en cuál? Frente al Hotel Crillón un perro viene a lamerle los pies: no vayas a estar rabioso, fuera de aquí. El Perú jodido, piensa, Carlitos jodido, todos jodidos. Piensa: no hay solución». Casi treinta años después, en el *prólogo* que encabezó la redición de 1998, el Nobel ofrecía una respuesta a la cuestión: «Entre 1948 y 1956 gobernó el Perú una dictadura militar encabezada por el general Manuel Apolinario Odría. En esos ocho años, en una sociedad embotellada, en la que estaban prohibidos los partidos políticos y las actividades cívicas, la prensa censurada, había numerosos presos políticos y centenares de exiliados. (...) Todavía peor que los crímenes y atropellos que el régimen cometía con impunidad era la profunda corrupción que, desde el centro del poder, irradiaba hacia todos los sectores e instituciones, envileciendo la vida entera. Ese clima de cinismo, apatía, resignación y podredumbre moral del Perú de ochenio, fue la materia prima de esta novela». No es sólo el ochenio, ni es sólo el Perú; es el



problema de nuestras sociedades; es ese problema de fondo que radica en ese clima descrito con cuatro trazos certeros. La expectativa de la primavera anuncia la aparición de un número par de *Eunomía*... ¡ojalá, en algo, sirva!

El número tiene un cierto carácter especial. La sección de *Foro y Ágora* presenta un carácter monográfico titulado *Cultura de la Legalidad e Impunidad* que ha sido coordinado por las politólogas Isabel Wences y Cecilia Güemes. Trayendo origen de la mesa organizada por ellas en el 4º Congreso de la Flacso de julio pasado. Sostenían las profesoras que «la expansión creciente de prácticas ilegales y de una amplia percepción de un estructural incumplimiento normativo, ha hecho atractiva en América Latina la propuesta de la cultura de la legalidad como idea fuerza de un proyecto y un movimiento intelectual y político». Como uno de los resultados de aquella iniciativa, se publican ahora los trabajos de Helder Ferreira Do Vale, Erika Rodríguez, José de Jesús Pérez Martínez, Lucía Guadalupe Chávez Vargas y José Antonio Guevara Bermúdez y Efrén Ernesto Guerrero Salgado quienes ofrecen sus reflexiones en la materia centrándose en los casos de Brasil, Colombia, México y Ecuador.

Este carácter monográfico del *Foro y Ágora* nos ha animado, en esta ocasión, a ampliar a cinco las entradas de la sección de *Estudios*. Se inicia con el trabajo del profesor Antonio A. Martino en el que intersecciona dos variables relevantes en su amplia trayectoria académica: democracia y nuevas tecnologías. El profesor Francisco Javier Álvarez García aporta, en segundo lugar, su reciente experiencia de primera mano sobre el proceso de armonización legislativa en materia penal en Centroamérica. La tercera entrada la debemos a la investigadora napolitana Maria Cimmino quien avanza en la exploración de nuevas dimensiones de los derechos relativos al bienestar. María Laura Manrique articula, en la cuarta aportación de la sección, las reflexiones de la filosofía práctica con la teoría del delito de tradición anglosajona para analizar la relevancia de las emociones en las eximentes o atenuantes a la ley. Finalmente, María Pérez-Ugena explora las virtualidades del *Ombudsman* en nuestras sociedades multiculturales.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* presenta su tradicional decálogo, articulando dimensiones valorativas, con políticas y sancionadoras. Entre las primeras, la sección abre con *bien común* de Timothy Murphy y le acompañan *colonialidad* de Pedro Garzón e *indio* de Yaneth Katia Apaza Huanca. Marcos Andrade completa este primer grupo con *excepción a derechos*. Ana Catalina Arango, Juan M. Mococho y Jorge San Vicente son, respectivamente, los autores de las entradas del segundo bloque: *presidencialismo*, *Impeachment* y *referéndum*. Finalmente, José Luis Pérez Triviño, Úrsula Zurita y Julio Díaz-Maroto exponen, respectivamente también, las denominadas *Whistleblowing*, *Violencia escolar* y *Corrupción en las transacciones comerciales internacionales*.

La sección *Releyendo a...* ensaya también una presentación especial que deseamos resulte útil en nuestro ámbito cultural. Así, a diferencia de anteriores ocasiones en las que se trataba de la traducción de algún texto académico o, directamente, político, hemos optado por publicar un texto legislativo. El profesor Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares presenta una nueva traducción inédita de los preceptos iniciales del Código penal alemán donde se regulan las normas generales de la legalidad criminal. El rigor en la traducción y en la especificación de sus equivalencias con la normativa penal española viene precedido de una exposición sobre la larga influencia que la dogmática penal alemana y la legislación objeto de su



estudio, ha ejercido sobre los penalistas españoles y también latinoamericanos. Coincidimos con el profesor Cobos en la utilidad que sigue teniendo el facilitar a académicos y juristas de habla española, la cómoda disponibilidad de materiales normativos de esta relevancia actualizados hasta la más reciente reforma.

La última sección del número, *el rincón de lecturas*, sigue presentando su triple composición. En primer lugar, como corresponde a los números pares, abrimos el *debatido* con una propuesta crítica de la mano de la profesora María José Fariñas sobre las imbricaciones ideológicas del neoliberalismo globalizado que, sostiene, ha quebrado los consensos básicos de la Modernidad, ha criminalizado a la pobreza y ha mantenido a la democracia en el corral familiar de las élites. El guante está lanzado. En segundo lugar, el *book fórum* disfruta de la buena fortuna de que hayan coincidido en el tiempo la publicación de un trabajo de madurez sobre el tema de *corrupción y pobreza* por parte del profesor Jorge Malem con la línea temática del presente número. Dos filósofos del Derecho, Sebastián Agüero y Hugo Seleme, han debatido largamente con el autor quien contesta a las observaciones formuladas. Debate maduro sobre libro maduro; miel sobre hojuelas. Cerramos la sección con las notas críticas de Cecilia Güemes, Alejandro Coteño, Jorge Rodríguez y Ricardo Cueva sobre cuatro monografías recientes e relevantes en algunos de los diferentes ángulos de la cultura de la legalidad.

Hasta aquí esta entrega. El lector, como siempre, evaluará su utilidad y si sus expectativas se ven cumplidas. En una reciente entrevista en el diario español ABC, de 26 de febrero pasado¹, aparecía destacada, entre las explicaciones de las temáticas de investigación, la entrada: “*Estudiamos cómo se cumple la ley que merece ser cumplida*”. Creo que atinó el periodista al sintetizar el empeño de la cultura de la legalidad. En este número, ese empeño ha venido protagonizado por treinta autores provenientes de Argentina, Bolivia, Brasil –ahora en Corea-, Chile, Colombia, Ecuador, España, Italia, Irlanda y México. A ellos se añade el trabajo de los evaluadores, traductores, equipo técnico informático, miembros del consejo de edición, del consejo de redacción y del consejo científico y, con especial reconocimiento, de Paloma de la Nuez, secretaria académica de la revista y de Isabel Wences y Cecilia Güemes como responsables de la sección monográfica. Todos ellos siguen trabajando con total generosidad, liberalidad y desinterés en promover esta empresa. Ellos hacen posible que una nueva entrega de *Eunomía* haya visto la luz en el término debido, con el perseverante cumplimiento de los procedimientos transparentes de evaluación ciega por pares de los trabajos presentados y con la satisfacción de muy exigentes protocolos y requisitos de calidad. Vaya, finalmente, el reconocimiento también a todos aquellos autores que propusieron la publicación de sus trabajos y que no han podido ser atendidos.

En Madrid, a martes 13 de marzo de 2018

¹ Puede consultarse en: www.guiadeprensa.com/app/webroot/abc/i+d+i_26feb2018/gidyj.html



Crisis de la democracia representativa: alternativas participativas o democracia directa con medios electrónicos

Crisis of representative democracy: participatory alternatives or direct democracy with electronic media

Antonio A. Martino
Universidades de Pisa (Italia) y El Salvador (Argentina)
aamartino@gmail.com

Recibido / received: 30/11/2017
Aceptado / accepted: 07/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4153>

Resumen

El artículo analiza la actual crisis de la democracia representativa criticando la tesis según la cual aquel país que instauraba una democracia y mantenía mínimos índices de solidez económica y social aseguraba su mantenimiento. A tal fin, inicia la explicación de la crisis de la democracia *tout court* y, después, va analizando las alternativas que se ofrecen a la democracia representativa. Así, aborda directamente la democracia directa para mostrar alguno de sus elementos más relevantes, sobre todo con medios electrónicos, y muestra posteriormente su reforzamiento.

Palabras clave

Democracia, representación, democracia directa, democracia participativa.

Abstract

The article presents the current crisis of representative democracy criticizing the thesis by which a country that reached democracy and maintained minimum rates of economic and social solidity had it insured. It explains first the crisis of democracy tout court and then analyzes the alternatives offered to representative democracy. It directly focuses on direct democracy to show important elements of it, above all with electronic means, to show later that elements of participatory democracy will be reinforced in the interim.

Keywords

Democracy, representation, direct democracy, participatory democracy.

SUMARIO. 1. ¿Crisis de la democracia?. 2. La crisis de la democracia representativa. 3. Soluciones posibles. 4. ¿Un camino hacia la

democracia directa?. 5. El gobierno abierto. 6. Las nuevas tecnologías y su interés en política. 7. La democracia líquida. 8. Algunos ejemplos. 9. La democracia directa. 10. Conclusiones.

Los ingleses se creen libres, pero se equivocan, porque sólo lo son durante las elecciones de los miembros del Parlamento; desde que éstas terminan vuelven a ser esclavos, no son nadie. Y en el corto tiempo de su libertad el uso que de ella hacen bien merece que la pierdan.

Jean Jacques Rousseau.

Si hubiera un pueblo de Dioses, se gobernaría democráticamente
Jean-Jacques Rousseau, El contrato social, Libro III, Capítulo IV.

I. ¿Crisis de la democracia?

En 1977 escribía un artículo sobre la dictadura y constataba que había una tendencia importante en el mundo para pasar de sistemas totalitarios hacia sistemas democráticos (Martino, 1978: 273-294). A final de siglo, la tendencia era clara y los países democráticos eran mayoría –por primera vez– en el concierto internacional.

Hoy en día, el foco está puesto en las formas de gobierno de los países e, incluso, algunos regímenes totalitarios buscan disfrazarse como una democracia. Este es el caso de los países árabes del Norte de África o el de Corea del Norte o, también, se puede rescatar el caso de la República Popular China que tiene un régimen unipartidista.

Esto dio mucho material para estudiar y elaborar varias tesis. Una de las más afirmadas, la teoría de la consolidación democrática, sostiene que una vez que los países desarrollan instituciones democráticas, una sociedad civil robusta y cierto grado de riqueza su democracia está asegurada.

Con los movimientos que se van dando en muchos países –incluyendo los centrales– se diría que la teoría atraviesa un momento de crisis y merece la pena ocuparse de ella. Los más pesimistas se “preocupan”.

Yascha Mounk¹ se pasó los últimos años desafiando esta presunción fundamental de la política occidental: que una vez que un país se convierte en una democracia liberal, así permanecerá². Su investigación sugiere lo contrario: que las democracias liberales alrededor del mundo pueden estar en serio riesgo. Mounk y Roberto Stefan Foa³ reunieron y analizaron datos sobre la fuerza de las democracias liberales y publicarán su conclusión en el número de enero de *The Journal of Democracy*. Actualmente, dijo Mounk, “las señales de advertencia están en rojo”.

¹ Yascha Mounk es un profesor alemán de teoría política en el Departamento del gobierno de la Universidad de Harvard, un Becario Postdoctoral de la Academia de transatlántico de la Fundación Marshall alemana y un compañero no residente en el programa de reforma política de los Estados Unidos.

² Yascha Mounk, “¿Cómo están usando los cleptócratas extranjeros las instituciones occidentales para proteger sus ganancias mal habidas?”. *Journal of Democracy*, Enero 2018. En nuestro grupo de siete artículos sobre cleptocracia transnacional, los analistas examinan el aumento de las finanzas extraterritoriales, el enorme escándalo de 1MDB de Malasia, cómo se comparan Rusia y China con el modelo cleptocrático, y más.

³ Politólogo en la Universidad de Melbourne, en Australia. Publicaciones: “Legados de la regla colonial”, *Politics and Society*, vol. 45 (2), 2017. STEFAN FOA R., INGLEHART R.F., KARABCHUK T. y PONARIN E. (2017), “Conjunto-Teoría de puntos y colapso de la sociedad: el caso de Rusia”, *Journal of Happiness Studies*, Vol. 18 (3). STEFAN FOA R. y MOUNK Y. (2017), “Los signos de la desconsolidación”, *Revista Democracia*, vol. 28 (1).

La teoría de la consolidación democrática pareció sustentada por los sucesos globales. Los datos de *Freedom House*, una organización que monitorea la democracia y la libertad en el mundo, muestran que el número de países clasificados como “libres” aumentó de manera sostenida de mediados de los 70 hasta principios de los 2000. Sin embargo, desde 2005, el índice de *Freedom House* muestra que la libertad global cae año tras año. Estos autores desarrollaron una fórmula de tres factores para detectar si una democracia está aquejada de crisis, antes de que desarrolle síntomas inequívocos.

El primer factor es apoyo público: ¿qué tan importante creen los ciudadanos que sea que su país siga siendo democrático?

El segundo era la apertura pública a formas no democráticas de gobierno, como un régimen militar.

Y el tercer factor era si “partidos y movimientos anti sistema” estaban logrando apoyo entre el público.

Si estaba cayendo el apoyo por la democracia mientras las otras dos medidas estaban al alza, los investigadores catalogaban a ese país como “desconsolidándose”; el equivalente político a una fiebre baja que se presenta el día antes de la gripe. Por ejemplo, Venezuela disfrutó de las marcas más altas posibles en las medidas de *Freedom House* de derechos políticos y democracia en los 80. Pero durante ese aparente periodo de estabilidad, Venezuela ya clasificaba como desconsolidándose en la prueba Mounk-Foa⁴.

De acuerdo con el sistema de detección temprana Mounk-Foa, las señales de desconsolidación democrática en Estados Unidos y muchas otras democracias liberales hoy son similares a las vistas en Venezuela antes de su crisis. En numerosos países, incluyendo Australia, Gran Bretaña, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Suecia y Estados Unidos, se ha desplomado el porcentaje de personas que dice que es “esencial” vivir en una democracia, particularmente entre las generaciones jóvenes.

Hay un cuarto elemento que no tratan estos autores pero que está apareciendo en la sociedad: el cambio del paradigma del líder. Hasta ahora el líder era siempre una personalidad fuerte capaz de transmitir sus ideas y su entusiasmo a un número creciente de sujetos. Hoy el líder tiene más que ver con relaciones horizontales, mientras que en pasado eran sustancialmente verticales y tiene que ver con el uso de nuevas tecnologías.

Un quinto elemento de la crisis de la democracia es el ambiente de rabia que pulula en el mundo. El elemento “rabia” tampoco es nuevo. En su libro *Elementos de derecho político*⁵, Macarel, al hablar en el capítulo IV de la guerra civil, dice “Esta es una guerra de pasiones de furor y de rabia, destruye los principios del orden

⁴ La crisis venezolana muestra, además un tema inquietante. En palabras de Loris Zanatta “los estériles debates de América Latina sobre Venezuela fotografían una región lacerada, atravesada por una cortina de hierro ideológica, dividida entre dos concepciones de la palabra “democracia” incompatibles entre ellas: la liberal, típica de los sistemas democráticos occidentales, que con el tiempo se ha extendido a muchos países que la habían rechazada, y la populista, basada en la creencia de un pueblo mítico investido de un derecho histórico a la hegemonía y al monopolio el poder”, *La Nación*, 28 de junio 2017.

⁵ MACAREL M.L.A. (1838), *Elementos de derecho político*, traducido por Félix Enciso Castrillon, II tomo, imprenta Yenes, de la calle Almudena, Madrid. Macarel fue miembro del Consejero de Estado Francés y agregado a la cátedra de Derecho Administrativo de París.

social, rompe los lazos de la naturaleza y es una madre que devora sus propios hijos”⁶. Hoy el elemento *rabia* se ha vuelto un componente político y aparece en movimientos que no quieren llamarse “partidos” para no formar parte del sistema que critican. “El sistema canaliza la rabia de la sociedad a su favor” señala Emilio Triviño, del Movimiento de Ciudadanos hacia la República Constitucional (MCRC)⁷.

En efecto, la respuesta de una parte de la sociedad es “la rabia”. Ira que se expresa en manifestaciones que escapan a las estructuras políticas convencionales, o en insultos en redes sociales y pasión por el escrache o el acoso a cualquiera. Para ese banco, el Brexit y el voto a Trump expresan esos sentimientos de la era de la “política de la ira”.

2. La crisis de la democracia representativa

Debemos, brevemente, plantear una posible categorización indicando tres arquetipos de democracia y de participación: a) la democracia directa, b) la democracia representativa, c) la democracia participativa.

En términos generales y en palabras de Giovanni Sartori, «la democracia que debemos comprender es la democracia política destinada a reducir las múltiples voluntades de millones de personas a una jefatura única» ya que «la democracia política es aquella que opera en las peores condiciones posibles y no hay que pretender de una democracia a gran escala lo mismo que se puede esperar de una democracia en pequeña escala” (Sartori, 2012: 14).

Debo hacer una aclaración metodológica: soy un sistemista, es decir, uno de quienes sostiene que todo es un sistema o una parte de él. En particular, un sistemista cognitivista, entendiendo por tal una concepción en la que el sistema no es un “afuera” o un “estar allí”. “Mientras seamos capaces de observar y toparnos con esas partes, su sistematicidad surge de relaciones, las cuales son abstractas... experimentamos y hablamos de sistemas, pero no nos topamos con ellos *allá afuera*. Les damos nombres y al hacerlo les proporcionamos existencia” (Espejo y Reyes, 2016: 7). Dicho de otro modo un sistema es una construcción mental que tiene un correlato objetivo en el mundo, pero no hay algo así como un sistema objeto y un observador externo (Maturana y Varela, 1992).

Esto es particularmente importante en los sistemas de los cuales formamos parte. Sus bordes, sus límites, sus componentes y sus relaciones tienen que ver con la concepción mental con la que se los aborda aunque tengan –como dijimos– un correlato objetivo. Tanto la concepción de la democracia, como los arquetipos de democracia representativa, directa y participativa tienen un correlato objetivo pero son nuestras construcciones mentales que no necesariamente coinciden, por eso es importante distinguir los tipos y los arquetipos y las respectivas concepciones que manejamos⁸.

La democracia representativa está en crisis. En primer lugar, por la crisis de los partidos políticos pero, más allá, por una falta de confianza por parte de la ciudadanía en las maniobras políticas en general.

Por un lado, las groseras desmentidas ciudadanas a las apuestas de políticos avezados: El fracaso del referéndum pedido por David William

⁶ Ídem, p. 206.

⁷ *El Sol Digital*, 10 octubre, 2017. Emilio Triviño, abogado, vive y trabaja en Marbella.

⁸ Esto se verá mejor en las conclusiones.

Donald Cameron con el Brexit; el rechazo a los Acuerdos de Cuba de la pacificación colombiana pedida por Juan Manuel Santos, presidente de Colombia; la derrota de Hillary Clinton en USA a favor de Donald Trump; la pérdida del referéndum sobre la reforma política de Matteo Renzi⁹.

Por otro, el avance de la anti-política: la aparición de movimientos *antiestablishment* en el mundo se está volviendo una costumbre. Tal vez desde Syriza en Grecia, con el triunfo de lo que parecía un frente populista antieuropeo y anti-banca internacional, se desmantelaba un gobierno completo, además de un supuesto régimen de acuerdos y negociación.

Hemos visto el creciente peso que Podemos gana en España, ahora frente al escenario de nuevos comicios generales, donde la fuerza popular de izquierda ha concretado ya una alianza con Izquierda Unida, conformando el primer pacto electoral para las siguientes elecciones¹⁰. La propia elección de Trump con la ropa de contestación a la política tradicional y el surgimiento de muchos “movimientos” que no quieren llamarse “partidos” justamente para destacar que son “anti políticos”¹¹.

El triunfo del capital: en nuestra época, la concentración de la riqueza es la mayor que conoce la historia humana. Desde una óptica economicista se podría decir que esta observación inicial es una obviedad, porque la concentración de la riqueza es un resultado permanente del capitalismo y, por lo tanto, cada época tendría que superar a la anterior en esa materia. Sin embargo, cuando hablamos de “nuestra época” nos referimos a un período histórico relativamente breve: el que va desde la crisis económica mundial de los años setenta del siglo pasado a nuestros días; una época de brutal acumulación de recursos en una parte ínfima de la población mundial. En esos años, se produce una auto revolución capitalista: de la crisis emerge una nueva configuración social; el capital le gana una batalla fundamental a escala mundial al trabajo. El deslizamiento a saltos de una economía industrial a una economía financiera-informacional y de servicios produce el doble efecto de construir una nueva élite capitalista –acaso la primera que merezca llamarse “global”– y de debilitar material e idealmente al gran sujeto social del siglo XX, la clase obrera.

Se afirma también que hay una percepción de competencia total, cada vez más acelerada, sobre terrenos desiguales; una guerra de todos contra todos, lo cual produce un tremendo incremento en odio mutuo y una irritabilidad universal. “Si la gente se siente frustrada triunfa la demagogia”, el anarquismo de los desheredados y de los que se sienten superfluos, el nihilismo del lobo solitario. Emergen individuos desafectados, globalmente, que realizan actos de extrema violencia contra sus supuestos enemigos. Para ellos la violencia lo es todo pues carecen de una visión de una realidad política alternativa. Hay quienes caracterizan estas expresiones

⁹ La afluencia a las urnas de solo el 46% del electorado en las elecciones políticas de junio 2017 en Italia.

¹⁰ Por Rosendo Fraga, *NuevaMayoría.com*, 17 de junio de 2016: “La segunda vuelta de las elecciones locales de Italia adquieren significación más allá de sus fronteras por la posibilidad de crecimiento de la llamada “anti-política”. En las elecciones del 4 de marzo último aumentó ligeramente la participación pero ganó la “anti política” con votos al Movimiento 5 estrellas y a la Liga, que además son anti europeístas. Ningún partido tiene la mayoría y si se logra un gobierno será de coalición o de ingeniería del Presidente de la Republica”.

¹¹ La historia no es nueva, para evocar tiempos modernos empecemos por Berlusconi quien después de la causa “Cusani” (*mani pulite*) se presentó, ante la ruina de los dos partidos centrales más importantes: la Democracia Cristiana y el Partido Socialista, como el no político que salvaría la política. Pero la política es como el rey Midas: todo lo que toca lo transforma en político y Berlusconi fue (y es aun) un político condenado por corrupción que sigue contando en la política italiana.

como una guerra civil global o como una *jihad* global, donde las organizaciones extremistas encuentran sus reclutas entre los jóvenes desempleados e inempleables, fácilmente y en todas partes¹².

Es de estos tiempos la acción del gobierno húngaro encabezado por Fidesz que lanzó una campaña nacional de anuncios publicitarios y televisivos que recuerda las horas más oscuras de Europa. La campaña utiliza una imagen de un sonriente George Soros con el lema "No permitamos a Soros tener la última risa"¹³.

3. Soluciones posibles

Frente a esta crisis de la democracia representativa quedan sustancialmente dos alternativas: 1. Profundización de la democracia participativa con miras a una democracia deliberativa o 2. Alternativa de democracia directa con uso de nuevas tecnologías.

Voy a partir del camino más difícil, el de la democracia directa, para describir también los otros elementos de una democracia participativa¹⁴.

El punto 2 Alternativa de democracia directa con uso de nuevas tecnologías pienso desarrollarlo a continuación, advirtiendo que también me referiré a las democracias participativas o deliberativas pues no se trata de un *aut* entre democracia representativa y democracia directa: hay una serie de instrumentos intermedios que existen y, seguramente, se ampliará su uso, en el futuro inmediato.

El tema no solo es nacional sino también supranacional. En Europa existe un "Movimiento cambiemos la ruta de Europa" que en la preparación de su reunión italiana el 14 de septiembre expresa: "Para responder al neo-proteccionismo USA, al nacionalismo ruso y a la transformación en la red de los poderes globales, la reapertura de la obra europea aparece, así pues, necesaria a fin de dotar a la Unión Europea de los poderes y de los instrumentos necesarios para desarrollar un papel autónomo de actor a nivel planetario que contribuya a dirigir un nuevo periodo en el gobierno de la interdependencia marcado por un desarrollo equilibrado y sostenible de la distensión y del respeto de la dignidad humana. No se excluye ninguna variante de la construcción institucional, sea tanto del punto de vista del método como del contenido del proyecto. En este marco el Movimiento europeo en Italia está convencido de que los países de la *Eurozona* y aquellos que deseen entrar a formar parte de la misma son llamados a constituir la vanguardia de una más

¹² Ver MISHRA P. (2017), *La edad de la ira*, Galaxia Gutenberg, Barcelona. Ocurre cuando, por primera vez en la historia, casi todas las personas del planeta tienen un presente común y hay una sensación de que todo está fuera de control, que elites arrogantes y fraudulentas humillan a la gente, sensación que traspasa las líneas de las nacionalidades, las religiones y las razas. Surge, entonces, un mesianismo revolucionario impulsado por el deseo de lograr una solución inmediata y definitiva, el cual denuncia la distribución muy desigual de los beneficios económicos que genera el capitalismo.

¹³ La posición actual de Soros sobre la migración es que la comunidad internacional debería prestar más apoyo a los países en desarrollo que acogen hoy al 89% de los refugiados y que Europa debe aceptar a varios cientos de miles de refugiados que han sido sometidos a un proceso ordenado de investigación y reasentamiento. Cree que los solicitantes de asilo cualificados no deberían arriesgar sus vidas cruzando el Mediterráneo para alcanzar la seguridad. Ver <https://www.economist.com/news/united-states/21722176-attacked-politicians-washington-skopje-george-soros-runs-gauntlet>

¹⁴ El punto 1 o sea la Democracia participativa lo desarrolla magníficamente bien DALLA VIA A. con su *La democracia directa: entre la utopía y la anarquía* (no obstante el título), Instituto de Derecho Constitucional de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Tanto el trabajo de Dalla Via cuanto este que presento se originaron en las reuniones del Instituto en Buenos Aires y allí constan ambos trabajos.

completa integración política para construir una Unión federal¹⁵. Con una reflexión suplementaria: existe la creencia que los ciudadanos se ocupan mucho de política pues hablan mucho de ella. Creencia errónea¹⁶. A los ciudadanos les encanta hablar de política, alabando a unos y criticando a otros y delineando algún mundo medianamente imposible. Pero al momento de “ocuparse de política” son pocos los que quedan en el campo¹⁷.

En este momento es difícil saber si la democracia directa es posible en un tiempo previsible pero es cierto que muchos acontecimientos van llevando hacia ella.

4. Soluciones posibles

El segundo cuerno de la alternativa es la salida a la democracia directa. Magnífica idea en comunidades pequeñas pero difícilísima en las comunidades actuales nacionales y supranacionales.

En este momento es difícil saber si la democracia directa es posible en un tiempo previsible, pero es cierto que muchos acontecimientos van llevando hacia ella. Trataré de ir recorriendo un camino que, en mi concepción, llevará a la democracia directa, pero no sabría indicar tiempos.

5. El gobierno abierto

En muchas partes del mundo se abre paso la idea de presentar o requerir un gobierno abierto, esto es, una nueva forma de gestión pública; una nueva relación entre los ciudadanos y sus gobernantes. Es una filosofía de gobierno que plantea una gestión pública transparente y colaborativa, a partir de la disponibilidad de la información completa, veraz y suficiente, para que los ciudadanos puedan tomar parte en las decisiones de gobierno de manera idónea y efectiva. Todo basado en una relación constante de ida y vuelta de información entre el Estado y los ciudadanos.

Los comienzos de la Administración Obama en los EE.UU., y sus esfuerzos por modernizar la administración federal, significaron el inicio del redescubrimiento del concepto gobierno abierto (*open government*) dentro del sector público en todo el mundo. En este sentido, el *Memorandum for Transparency and Open Government* (21 de enero de 2009), incorporó esta cuestión como una prioridad política de primer

¹⁵ Y agrega, por si hubiese dudas: “para responder al neoproteccionismo estadounidense, el nacionalismo ruso y la transformación de la red de poder global, la reapertura del astillero europeo es necesaria para proporcionar a la Unión Europea los poderes e instrumentos necesarios para desempeñar un papel autónomo como actor en nivel planetario para ayudar a comenzar un nuevo ciclo en la gobernanza de la interdependencia marcada por el desarrollo equilibrado y sostenible, la detente y el respeto por la dignidad humana. No debe excluirse ninguna variante de la construcción institucional, tanto desde el punto de vista del método como del contenido del proyecto. En este contexto, el Movimiento Europeo en Italia está convencido de que los países de la eurozona y aquellos que desean unirse a ella están llamados a ser la vanguardia de una integración política más completa para crear una comunidad federal”.

¹⁶ En reciente investigación el consultor Hugo Haime reveló que al 50% de los electores bonaerenses “no le interesa votar”. ¿A qué se debe este desinterés? ¿Quiénes son los responsables: los partidos, sus (pobres) propuestas? Algunos dicen que no es que no les interese el sistema o la democracia o la república o el futuro, sino que, simplemente, no están pensando en ello.

¹⁷ Probablemente por eso en el viejo partido comunista italiano existía la costumbre de pedirle a los aspirantes a afiliados que repartieran casa por casa el diario Unità. Un viejo dirigente sostenía “quien no está dispuesto a repartir el diario mucho menos lo estará cuando el partido lo necesite”.

orden en torno a tres principios claves: colaboración, transparencia y participación.

Gobierno abierto y profundización de la democracia son dos caras de la misma moneda ya que las medidas para implementarlo constituyen una nueva forma de aproximarse a los ciudadanos, una revolución en la forma de utilizar la información de las administraciones públicas o, incluso, una plataforma en la que los ciudadanos se convierten en los verdaderos protagonistas de la democracia. Cuando hablamos de gobierno abierto nos referimos al acceso y la libertad de información, la protección de datos, la reforma de las leyes sobre secretos oficiales y la necesidad, en una democracia consolidada, de poder obtener información útil y accesible sobre las actividades gubernamentales.

La teoría de la democracia participativa aparece como un intento de combinar adecuadamente el principio de representación con el incremento de la participación política de los ciudadanos. Podemos considerar que la teoría de la democracia participativa es un modelo normativo puro y dentro del amplio espectro de enfoques que pueden ser identificados como tal. Las características básicas que subyacen en la misma son el fomento a la participación directa de los ciudadanos en el gobierno y la deliberación en la formación de la opinión política.

Desde hace una década, y sobre todo a raíz de la crisis económica mundial que comienza en 2008, han aumentado las presiones para que los gobiernos y sus administraciones públicas se abran al escrutinio público, sean más accesibles y sensibles a las demandas y necesidades de los ciudadanos, y respondan por la confianza política otorgada para gestionar la cosa pública. El debate sobre del tipo de gobierno e instituciones públicas que son necesarias para asumir los retos que impone el siglo XXI es la continuación de una reflexión permanente por adecuar la arquitectura institucional y política, la reforma del Estado y los procesos de modernización de la gestión pública, que se han intensificado en los últimas dos décadas.

Sin embargo y dado el reconocido fracaso de diversos modelos de reforma y la contradictoria evidencia vinculada a los resultados de las recetas aplicadas bajo el paradigma de la Nueva Gestión Pública (NGP), ha surgido un nuevo movimiento en cuya base encontramos un fuerte cuestionamiento a la forma en que se trabajan los asuntos públicos, que pone de relieve el incontestable fenómeno del uso intensivo de las tecnologías de información y comunicación (TIC) y de las redes sociales (o Web 4.0)¹⁸, que promueve una activa y comprometida participación de la ciudadanía

¹⁸ Uso este término clásico para quienes se ocupan de nuevas tecnologías, para los menos avezados baste decir que el termino web 0.2 o *Web Social* comprende aquellos sitios web que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario y la colaboración en la World Wide Web. Un sitio Web 2.0 permite a los usuarios interactuar y colaborar entre sí, como creadores de contenido, en una comunidad virtual. Ejemplos de la Web 2.0 son las comunidades web, los servicios web, las aplicaciones Web, los servicios de red social, los servicios de alojamiento de videos. La web 3.0 son aplicaciones web conectándose entre sí, a fin de enriquecer la experiencia de las personas, haciendo uso de formatos especializados que amplían la información y sugiere otra, esto proporciona autonomía respecto del navegador y construcción de la Web Semántica. Web 3.0 también ha sido utilizada para describir el camino evolutivo de la red que conduce a la inteligencia artificial. Algunos escépticos lo ven como una visión inalcanzable. Sin embargo, compañías como IBM y Google están implementando nuevas tecnologías que cosechan información sorprendente, como el hecho de hacer predicciones de canciones que serán un éxito, tomando como base información de las webs de música. El turno de avanzar hacia la web 4.0 en la que el sistema operativo establecido en la web cobre protagonismo, hacia una Web Ubicua, donde el objetivo primordial será el de unir las inteligencias donde tanto las personas como las cosas se comuniquen entre sí para generar la toma de decisiones. Ya se espera que haya agentes en la Web que conozcan, aprendan y razonen como lo hacemos las personas. Hay ejemplos como ya el sistema Watson de IBM que comprende lenguaje natural y tiene la capacidad de aprender.

y que, finalmente, presiona a los gobiernos e instituciones públicas a ser más transparentes, facilitar el acceso a la información que poseen, y a guiarse por nuevos códigos de conducta en cuyo trasfondo residen las nociones de “Buen Gobierno”.

Para la OCDE el término ha evolucionado desde una mirada basada en tres dimensiones relevantes que apelan a contar con una Administración Pública transparente, accesible y receptiva (OCDE, 2006)¹⁹, a un enfoque donde se le considera como plataforma para resolver cómo el gobierno puede trabajar con la sociedad y los individuos para co-crear valor público (OCDE, 2010)²⁰.

Algunos de los ejemplos más conocidos son los que ofrecen portales web como <http://www.wheredidmytaxgo.co.uk/> o <http://flyontime.us/> en los que se abordan experiencias ligadas a la filosofía del *open government*. En el primer caso, se ofrece la oportunidad a los contribuyentes británicos de conocer el destino de sus impuestos, incorporando en la aplicación unos datos básicos relativos a la renta. En el segundo, la experiencia resulta más llamativa todavía, en la medida que la aplicación desarrollada permite cruzar datos procedentes de dos agencias públicas diferentes, sobre el nivel de puntualidad de todas las compañías aéreas que operan en todos los aeropuertos de los Estados Unidos, con los datos sobre las condiciones climatológicas. El resultado es la posibilidad de conocer la hora estimada de llegada de un vuelo en el futuro, teniendo en cuenta las condiciones climatológicas previstas para el día y hora de llegada. En los dos casos, los datos puestos a disposición por las administraciones públicas resultan el sustrato necesario que facilita la posterior innovación social. Desde un punto de vista práctico, la puesta en marcha de la iniciativa *Open Government Partnership* ha puesto de relieve el interés y viralidad de este tipo de iniciativas dentro de los gobiernos a nivel global. La declaración original fue planteada el 20 de septiembre de 2011 y establece algunas ideas clave ligadas a la apertura y rendición de cuentas dentro del sector público²¹.

Es un nuevo paradigma de gobierno. Y se basa en tres principios: transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas. El ex presidente de los Estados Unidos, Barack Obama fue, como apuntaba más arriba, uno de los pioneros cuando en enero de 2009 realizó la siguiente declaración: “Mi administración está comprometida con la creación de un nivel sin precedentes de apertura en el gobierno. Vamos a trabajar juntos para asegurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación pública y colaboración”.

6. Las nuevas tecnologías y su interés en política

Las nuevas tecnologías han irrumpido con fuerza en la vida cotidiana desde el uso de celulares hasta la difusión de las redes sociales en lo que se denomina TICs. Obviamente la política no podía quedar fuera. Aunque el periodo de uso haya sido breve hasta ahora, ya podemos decir que la penetración de la telefonía móvil y

¹⁹ El trabajo de la OCDE estadístico 2013-2014:

<http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/EI%20trabajo%20estad%20C3%ADstico%20de%20la%20OCDE%20EBOOK.pdf>

²⁰ Evaluación de la OCDE del sector de las nuevas empresas basadas en el conocimiento: http://www.oecd.org/centrodemexico/Evaluaci%C3%B3n_de_la_OCDE_del_sector_de_las_nuevas_empresas_%20IMPRESA-1.pdf

²¹ “Reconocemos que el acceso equitativo y asequible a la tecnología es un desafío, y nos comprometemos a buscar una mayor conectividad en línea y móvil, a la vez que identificamos y promovemos el uso de mecanismos alternativos para el compromiso cívico. Nos comprometemos a involucrar a la sociedad civil y la comunidad empresarial para identificar prácticas efectivas y enfoques innovadores para aprovechar las nuevas tecnologías para empoderar a las personas y la transparencia remota en el gobierno”, *Open Government Partnership*, 2011.

las nuevas tecnologías es importante. La e-administración avanza con relación a las empresas y menos con respecto a los ciudadanos. Pero avanza.

Las instituciones políticas tratan de usar las nuevas tecnologías pues allí están las nuevas formas rápidas de dar mensajes y recibir respuestas. Las usan para reformular su estructura y reforzar el poder, pero no pueden eliminar los hándicaps de la comunicación y del poder. Las nuevas tecnologías tienen dos caminos en política: uno, más sencillo, es el de reforzar los medios actuales de la democracia representativa; el otro, más lejano y complicado, el de favorecer una nueva manera de hacer política.

Internet y la democracia se encuentran y chocan entre la teoría y la práctica, al tiempo que socava los viejos regímenes políticos; de hecho, empuja hacia la realización de una inversión directa. Todavía estamos lejos de una definición de la democracia como el proceso de elaboración de políticas, en la que los gobernantes, consideradas iguales en lo político, controlable y reemplazable, demuestran receptiva a las preferencias de los gobernados.

La receptividad es la función resaltada por Dahl (1994) en la definición de la democracia como sistema político que tiene la capacidad de responder a las necesidades de los ciudadanos. Desde aquí, también, se plantea lo que el propio Dahl ha llamado dilema democrático: "...para hacer crecer el tamaño de la póliza, disminuye el control de los ciudadanos sobre el mismo, por lo que la democracia Estado-nación parece que tiene que correr la misma suerte que la democracia de las ciudades-estado" (Dahl, 1994: 25).

A partir de la democracia directa, en el modelo del ágora de Atenas, donde se colocan los políticos y la gente en el mismo nivel, se ha producido una intervención inmediata de la comunidad en cada una de resoluciones específicas a través de los instrumentos de referéndum, la iniciativa popular, los referéndums confirmatorio o revocatorio. La democracia representativa, en la que ahora tiene una intervención indirecta las personas, se ha inclinado hacia la democracia directa. En las deliberaciones, las cuales, a través de la libre expresión de sus votos, se produce la elección de los titulares de los órganos del estado supremo al que se le asigna la tarea de actuar como su representante. Esto es autogobierno, el truco consiste en orientar a las personas no expertas en un tema sobre otras más expertas, para llegar a través del establecimiento de una democracia electrónica. En ella la mayor velocidad de la información, el creciente deseo de una política más accesible a todos, y la cada vez mayor decepción de los ciudadanos en relación con acciones de los políticos, juegan un papel central en la fase de proposición y el procesamiento de las informaciones.

En su libro *La democracia fuerte. Política de participación para una nueva era*. B. Barber establece que "las democracias eficaces necesitan grandes ciudadanos. Somos libres sólo si somos ciudadanos y nuestra libertad y nuestra igualdad duran todo el tiempo que dure nuestra ciudadanía (...) Los ciudadanos definitivamente no nacen, sino que se convierten en tales, como resultado de la educación cívica y el compromiso político en un estado libre" (1984: 247). De acuerdo con Barber, únicamente la democracia fuerte es capaz de mantener viva la democracia ya que no está garantizada por los líderes políticos, sino por ciudadanos competentes y responsables. La democracia fuerte se centra la atención en la capacidad educativa y la libertad que su ejercicio político puede y debe tener la ciudadanía.

Esto se hace eco de McLuhan (1964). La formulación de políticas que se hacen más acuciantes "con el aumento de la velocidad de la difusión de la información, la tendencia en la voluntad política para alejarse de la representación y la autoridad concedida a los elegidos, para acercarse a un lugar implicado dirigido a la comunidad en las decisiones del gobierno".

Por último, la República Electrónica se realizará cuando se vuelvan a dibujar las instituciones políticas y se replanteen todos los mecanismos políticos que no funcionan y que contribuyen a la creciente frustración de la gente hacia la política. En otras palabras, los estudios sobre la política y el gobierno tendrán que cambiar su orientación y cuestionarán no sólo en la calidad de la dirección política (de arriba hacia abajo) también, y sobre todo, en la calidad de la ciudadanía (de abajo arriba).

Norberto Bobbio, lógicamente no haciendo referencia a la red digital, ya en el año 1985 entendió que la democracias directa y representativa no eran suficientes e indicó que "el proceso de ampliación de la democracia en la sociedad contemporánea no se presenta solamente a través de la integración de la democracia representativa con la democracia directa, sino también, y sobre todo, mediante la extensión de la democratización, entendida como institución y ejercicio de procedimientos que permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, en cuerpos diferentes de los políticos" (1989: 218).

7. La democracia líquida²²

La sociedad civil demanda condiciones más participativas y deliberativas en el mundo institucional y social; la idea es promover políticas deliberativas que lleven a la comunidad a tomar decisiones²³.

Al más general concepto de democracia participativa y "que tiene entre sus efectos la desconexión entre gobernantes y gobernados, la ruptura del vínculo representativo entre representados y representantes y el distanciamiento del ciudadano de la vida pública" (Ramírez Nárdiz, 2014: 196), se suma el que se conoce como "democracia líquida" cuya participación se despliega a través de las nuevas tecnologías y más en concreto mediante internet.

En los diferentes portales internet que tratan la idea de democracia líquida, no se encuentra una definición unívoca de esta nueva y posible experiencia. A lo largo de este trabajo indicaré los elementos que caracterizan la democracia líquida, mejor aún la remisión que hice a un trabajo anterior. La democracia líquida es la suma de la democracia directa y participativa que se desarrolla a través de nuevas tecnologías que logran superar el límite representativo al que la ciudadanía le tiene rechazo y que identifican con la actual clase política.

En este sentido entonces podemos decir que las dos figuras pueden ser compatibles y complementarias, es decir, la democracia participativa-directa engloba la democracia líquida como herramienta técnica para construir una política participativa.

²² Me he ocupado del tema en el libro *Legislación y Digesto*, Eudeba, Buenos Aires, 2014 y allí me remito para un tratamiento más amplio.

²³ CÁRDENAS GARCÍA, J., "Democracia interna en los partidos y democracia participativa", [En línea]: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf, pág. 151.

Según el portal web «democracialiquida.org», se trata de que a cada ciudadano se le reconozca la posibilidad de votar las decisiones y realizar propuestas, mediante su voto o cediéndolo a un representante para aquellas decisiones en las que prefiere no participar. En una democracia líquida, “los ciudadanos que desean implicarse en la vida política, pueden hacerlo, y los que optan para no involucrarse, pueden acudir a representantes. Así mismo, cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos puede crear un representante virtual, que publicará su intención de voto en nombre del partido político o corriente de opinión a la que representa”²⁴.

Los pilares de la democracia líquida son entonces fundamentalmente dos: la delegación del voto y la construcción de un Parlamento Virtual. Sin embargo, estos dos elementos no pueden tener aplicación si previamente no identificamos el escenario en que deberían impulsarse. La preocupación no reside en la utilización de internet para participar en la política de un país –los avances tecnológicos son imparables y más temprano que tarde el Parlamento virtual si no será una realidad, por lo menos será una posibilidad concreta–; más bien se levantan algunas inquietudes sobre quién y cómo se gestionarán, filtrarán y utilizarán las informaciones que almacenadas en la sociedad de la información se catapultan en la sociedad del conocimiento.

Los partidarios de la democracia líquida identifican la delegación del voto (y la delegación del voto digital) como uno de los puntos cardinales de la política democrática digital. Técnicamente, se trata de confiar el voto a un representante experto por cada materia de actuación. Se asiste entonces a una modalidad que, en sus características jurídicas y generales, identifica un mandatario que cumple con instrucciones (Sartori, 1989: 142). Esta técnica no menoscaba la participación directa, es decir, el ciudadano recurrirá a la delegación sólo en los casos que no tiene interés o competencia para expresarse conscientemente sobre un tema concreto. Este sistema además incluye la “delegación transitiva” donde el nombrado representante puede delegar a otros representantes estableciéndose así verdaderas cadenas de confianza que canalizan los votos²⁵.

El segundo pilar de la democracia líquida es la creación de un Parlamento virtual que deberá reemplazar el Parlamento tradicional. En realidad, la creación de este tipo de institución virtual resulta más compleja de lo que parece y, de hecho, se trata solamente de la última fase de este traspaso entre un organismo clásico a favor de uno que representa la era 4.0.

El Parlamento Virtual consentirá, siempre según la visión de los partidarios de la democracia líquida, que cada ciudadano ocupe su escaño y pueda votar, realizar propuestas o delegar su voto en los representantes que elija (por eso la importancia de la delegación del voto) a través de las nuevas tecnologías. A tal propósito y para garantizar la identidad del ciudadano y comprobar la legalidad de su voto, se utilizará el documento de identidad electrónico que entre otras opciones, incorporará funciones criptográficas de identificación y firma digital²⁶.

Resulta evidentemente significativo investigar sobre la realización del traspaso de poder entre el Parlamento actual y el Parlamento virtual. La respuesta por los partidarios de la democracia líquida es la creación del Partido de Internet. Se trata de un partido sin ideología política. Un partido que sirve como trámite entre los

²⁴ Vid. portada principal de www.democracialiquida.org.

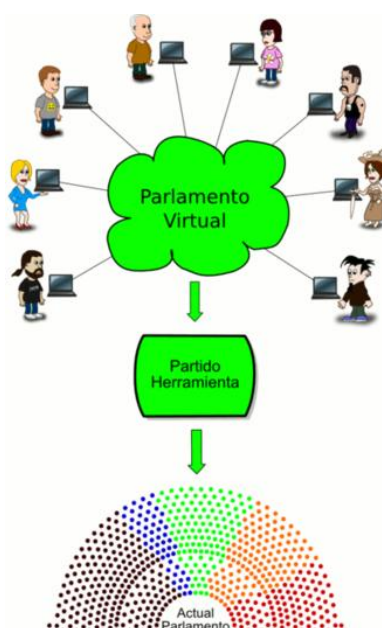
²⁵ http://www.democracialiquida.org/sect/es_ES/4003/Delegaci%C3%B3n+de+%20Voto.html

²⁶ Esta documentación ya se entrega en los países europeos como Francia, Italia, Alemania, Holanda.

ciudadanos inscriptos y el Parlamento virtual. En el material difundido por los creadores del Parlamento virtual, se puede analizar la naturaleza de este proyecto que ya se encuentra en una fase avanzada: “nuestro partido propone ser ese caballo de Troya, que jugará al juego democrático actual, para cambiarlo desde dentro”.

Si, a través de nuestros escaños, podemos llevar a las cámaras lo que opina la gente en Internet, habremos implementado una Democracia Líquida dentro del sistema actual con la intención de crecer y que, finalmente, los partidos sean meros movimientos de opinión en el propio sistema de votación por Internet. En ese momento habremos cambiado el sistema, dicen sus ideólogos. Por lo tanto, se trata de un partido político herramienta, sin ideología propia. La afiliación es gratuita y se financia a base de donaciones voluntarias. Las cuentas son públicas y las listas para las elecciones abiertas. Al reflejar la opinión de todos los que voten a través de Internet, no tenemos una tendencia política establecida.

La democracia líquida funciona así: alguien vota y es el *proxy* de otros en temas ambientales, pero X puede representarte en temas de educación y Z en el área de salud. En cualquier momento puede retomar la representación directa de su voto, para cualquier tema y sin tener que explicar el por qué, “es poder de representación”, de participación en la toma de decisiones colectivas²⁷.



8. Algunos ejemplos

Las TIC, por sus características de relaciones horizontales, multiplicidad de actores, funcionamiento descentralizado y no acotado geográficamente, permiten – como mínimo a nivel técnico– traspasar el sistema de representación tradicional y avanzar hacia una democracia representativa con una fuerte participación ciudadana, manteniendo el sistema de deliberación social. Así pues, facilitarían la transición de una forma de gobierno tradicional a una forma de gobierno relacional denominada *governance*, incorporándose a un sistema complejo que introduce la participación de varios actores en el gobierno y conlleva cambios en los roles de los

²⁷ Libre, abierto y distribuido bajo una licencia no restrictiva de M.I.T., *Liquid Feedback*, el programa para hacer democracia líquida está disponible para su descarga gratuita

poderes públicos, en la posición que adoptan en los procesos de gobierno y en la utilización de nuevos instrumentos de gobierno.

En este marco de *governance* electrónica se potencian formas de participación electrónica diversas. En los años noventa encontramos en Estados Unidos y Europa algunas experiencias pioneras. Destaca *Minnesota e-Democracy*²⁸ nacida en 1994 con el objetivo de informar sobre los candidatos y los programas electorales.

Actualmente, se ha ampliado a Estados Unidos y permite a los ciudadanos debatir y opinar sobre temas políticos locales, estatales o federales. En el Reino Unido destaca *UK Citizens Online Democracy*²⁹ creada con el objetivo de ofrecer información y fomentar el debate entre los ciudadanos sobre temas de política general. A nivel local se desarrolla la experiencia *Online Democracy in Brent*³⁰, en la que además de la consulta a la ciudadanía también se ofrecía información y se abría el debate ciudadano.

En los últimos años estas experiencias se han desarrollado enormemente. Siguiendo la variable de alcance territorial destaca *Vote for the EU you want*³¹ experiencia de ámbito supraestatal impulsada en el 2003 por la Unión Europea con el objetivo de aumentar la participación de los ciudadanos en los debates y la toma de decisiones. Permitía a los ciudadanos votar electrónicamente y emitir sus opiniones en relación con varios temas de interés para la UE.

A nivel autonómico encontramos *Democracia.web*³² impulsada en 1998 por la Fundación Jaume Bofill con el apoyo del Parlamento de Cataluña, con el objetivo de acercar la ciudadanía al Parlamento. Permite a los ciudadanos comunicarse con los diputados y los grupos parlamentarios, seguir las tramitaciones parlamentarias y hacer llegar propuestas de enmienda. Por otro lado destaca la *Web de l'Estatut*³³ impulsada en el año 2004 por la Dirección General de Participación Ciudadana, con el objetivo de habilitar un espacio en Internet para el proceso de participación de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ofrecía información, varias herramientas de participación como foros de discusión, *chats* y la posibilidad de realizar preguntas y propuestas sobre la nueva ley estatutaria.

En el ámbito municipal encontramos *Consensus*³⁴ experiencia que ofrece varias funcionalidades de participación ciudadana a los municipios, con tal de complementar los procesos participativos presenciales. También a nivel local, encontramos *Madrid Participa*³⁵, la consulta ciudadana electrónica con más participantes potenciales (136.227 personas) realizada en España. Tiene lugar en Madrid en junio del 2004 y a través de las TIC.

Es preciso señalar que las experiencias mencionadas se encuentran dentro de la estrategia demoielitista, introduciendo cambios en el elitismo democrático sin alterar la lógica de la representación.

²⁸ www.e-democracy.org

²⁹ <https://www.mysociety.org>

³⁰ Del Gobierno de Brent: <https://www.brent.gov.uk>

³¹ www.evot.eu2003.org.

³² www.democracyweb.org

³³ [://www.gencat.net/nouestatut](http://www.gencat.net/nouestatut)

³⁴ <http://www.e-consensus.org/>

³⁵ www.madridparticipa.org

El Partido de la Red es una idea y desarrollo de un grupo de emprendedores tecnológicos, comunicadores sociales, educadores y politólogos, que consideraron que el ejercicio de la actual democracia alejaba mucho al ciudadano de los ámbitos de decisión. “El Partido de la Red es un partido político que propone mejorar la democracia aprovechando las virtudes de Internet. En concreto, propone un modelo de participación ciudadana que es un híbrido de democracia directa y democracia representativa”. Este partido se presentó a las elecciones legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en octubre de 2013 con una propuesta novedosa: de resultar ganador, su legislador electo votaría aquello que la ciudadanía le indique. Para poder llevar adelante este nuevo paradigma que proponen, desarrollaron un software al que denominaron *Democracia.OS*, una plataforma online, donde el 100% de la ciudadanía podrá votar sobre cada proyecto de ley. Si un ciudadano no se siente preparado para votar frente a una temática, podrá delegarle su voto a otra persona que elija³⁶.

El partido vecinal de Los Ángeles, proporciona por red todos los datos para informarse y para participar en las decisiones municipales³⁷.

Democracia 4.0, un partido vinculado al 15M que lleva esta propuesta en su programa "democraciapunto". Propone una versión seccionada de la democracia líquida, donde solo se permite la delegación del voto en los partidos políticos, por lo que es una visión partidista. El sistema de democracia representativa con los partidos políticos seguiría funcionando, pero todo ciudadano podría ejercer su derecho a voto a través de una web gestionada por el gobierno mediante el DNle. Cuando un ciudadano ejerza el voto, le quitará la cuota de representación que le corresponde al parlamento. Si no vota, delega el voto al parlamento³⁸.

Aunque es probable que los gobiernos formales permanezcan en la negación tanto tiempo como puedan, las aplicaciones de bloque de bloques ayudarán a estos grupos a registrarse en formas públicas, inmutables y criptográficamente seguras. Desde un punto de vista técnico, sin duda, son más transparentes -y por tanto legítimos- de lo que los gobiernos formales están ofreciendo actualmente. Liderando el camino hay una organización con sede en España: Aragón.

Aragón, en su núcleo, es una aplicación que interrumpe la banca de inversión. A través de su aplicación, sencilla y fácil de usar, cualquier persona pronto podrá registrar una organización en la cadena de bloqueo (instantáneamente, cero burocracias involucradas), administrar y vender acciones de la misma. La plataforma también incluirá sistemas de votación que utilizan la democracia líquida - implementada por Democracy Earth- permitiendo que cada miembro tenga plena participación en las decisiones que se toman.

9. La democracia directa

³⁶ <http://partidodelared.org/>

³⁷ 8a8pro7vhmx.cloudfront.net/evrnc/pages/77/attachments/original/1439836939/2015-08-20EVRNCAugust2015GeneralBoardMtgAgendaSpanish.pdf?1439836939

³⁸ Argumentan que, como el censo de electores en España es de, aproximadamente, 35 millones de votantes y el Congreso de los Diputados consta de 350 diputados, cada escaño equivale a 100.000 votos. Basándose en eso, proponen una democracia directa donde las personas pudieran votar desde su casa (voto por Internet) o desde cualquier otro centro de votación habilitado permanentemente (oficinas de correo, ayuntamientos, etc...), las votaciones del Congreso de los Diputados. Por cada ciudadano que ejerciera su derecho a voto, le restaría la cuota de representación que le pertenece al diputado, dándose el caso de que si en una votación todos los ciudadanos con derecho a voto votan, elige el pueblo y no el parlamento

Para Andreas Auer³⁹, "La democracia directa se caracteriza por el hecho de que el pueblo es un órgano del Estado que ejerce, además de las habilidades electorales tradicionales, las responsabilidades específicas en materia constitucional, convencionales, legales o administrativas. Cuando el ejercicio de estas facultades depende de la intervención o la voluntad de otro órgano del Estado, el parlamento o el jefe de Estado, trata de emplearlo o domesticarlo. Es independiente o propia cuando el tiempo y el tema sobre el cual las personas no toman acción que depende de la voluntad de este último, o una norma objetiva sobre la que otros órganos del Estado no tienen ninguna influencia". Así definida, la democracia directa parece no oponerse a la democracia representativa completa. Pero la definición más tradicional de democracia directa es aquella que elimina a los representantes y establece la participación directa de los ciudadanos en el gobierno de la cosa pública.

En Suiza, como en todos los países democráticos, los ciudadanos eligen a sus representantes. Pero Suiza también da a los ciudadanos la oportunidad de participar directamente en la toma de decisiones. Aunque la democracia directa no es una prerrogativa única de Suiza, el sistema suizo es probablemente el más extenso en el mundo. Los ciudadanos suizos pueden o bien hacer propuestas legislativas, o bien rechazan la legislación ya aprobada por el Parlamento. El único caso en el que el Parlamento puede tomar medidas contra este derecho es si la propuesta legislativa es inconstitucional, o si se viola el derecho internacional.

Si los votantes (por lo general un grupo de interés) se reúnen 100.000 firmas a favor de una iniciativa en particular, la cuestión debe ser sometida a votación en todo el país. En teoría, una iniciativa sólo puede ocuparse de asuntos institucionales, pero en la práctica se mantienen en muy diversas cuestiones. Recientemente se pusieron en marcha iniciativas sobre cuestiones tales como recortes en el gasto militar (rechazado) y la limitación de la población extranjera del 18% (rechazado). Las iniciativas más "originales" se centraron en la simplificación del procedimiento para la apertura de casinos (aceptados) y la prohibición de la producción y venta de absenta (recibidas).

La Unión Europea recientemente (1 de abril de 2012) introdujo un instrumento de democracia directa: el derecho de iniciativa de los ciudadanos europeos (ECI). Al recoger un millón de firmas en al menos cinco países de la Comunidad, los ciudadanos pueden pedir a la Comisión que presente una propuesta legislativa. Por lo tanto, es una ley popular en la votación parlamentaria. Por lo tanto, es una ley popular en la votación parlamentaria. Aunque el "movimiento" o "Propuesta popular" (ya que este instrumento también se llama así) no es el más poderoso instrumento de democracia directa, ni tampoco es especialmente original, debe tenerse en cuenta algunas particularidades y la originalidad ECI: es el primer instrumento de democracia directa en un nivel continente. Ha permitido la recogida de firmas válidas en la red.

En Estados Unidos, como resultado del período histórico conocido como el "progresismo", que duró unas pocas décadas entre finales de 1800 y principios de 1900, y que consiste en un movimiento democrático que busca reformas para combatir la corrupción y la degeneración de los partidos políticos, en muchos estados se introdujeron instrumentos de la democracia directa. Entre ellos estaba California, el estado más poblado de Estados Unidos, donde se introdujeron

³⁹ Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Zurich y Director de Estudios y Documentación sobre Democracia Directa

instrumentos de democracia directa en 1911⁴⁰. En particular, el referéndum y las leyes de iniciativa popular a una consulta popular.

Las formas de democracia directa en los presentes estados de Estados Unidos son diferentes, estado por estado, y son diferentes de las de los países donde la democracia directa tiene sus raíces (como Suiza). Un resumen de las diferencias está en el texto de Bruno Kaufmann (1994) donde dice que: "Las iniciativas populares en California deambulan por el Parlamento por completo, mientras que en Suiza, una vez que las suscripciones necesarias son depositadas, se inicia un proceso muy diferente y amplio de consultas y negociaciones". Otra diferencia es el aumento de la presencia (en los Estados Unidos) del instrumento de denuncia (llamado "recuperación"), presente sólo en algunos cantones suizos. En los Estados Unidos, los instrumentos de la democracia directa son más de veinte. Por ejemplo, los siguientes estados reconocen la ley de iniciativa popular al voto popular: Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Idaho, Maine, Massachusetts, Michigan, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregón, Dakota del Norte.

Los instrumentos de la democracia directa están presentes en varios estados del sur de América. El referéndum y la iniciativa popular para una elección popular están en: Bolivia, Colombia, Perú, Uruguay y Venezuela. Costa Rica prevé el referéndum y la iniciativa popular en la votación parlamentaria (una situación similar a Italia), mientras que Ecuador ofrece la iniciativa popular al voto popular, también se están desarrollando nuevas herramientas del referéndum como presupuesto participativo o iniciativas populares para la expulsión de los elegidos antes del final del mandato, referéndum revocatorio.

Mientras que en el pasado la aplicación de la democracia directa "pura" era (por razones prácticas obvias) obstaculizado por el tamaño de los Estados, en la actualidad, el discurso se volvió a abrir gracias al desarrollo de nuevas tecnologías de la comunicación. Gracias a la propagación de las computadoras y la Internet se ha revelado la capacidad técnica seria para manejar un gran "parlamento virtual" a todos los que tienen derecho (e-democracia)." La democracia directa es profesada hoy por diversos movimientos de todo el mundo (*Podemos* en España, *Syriza* en Grecia o el *Movimiento 5 estrellas* en Italia).

El principal teórico contemporáneo de la democracia directa (o el municipio libertario) es Murray Bookchin. Sus ideas se han realizado bajo el nombre de Confederalismo Democrático.

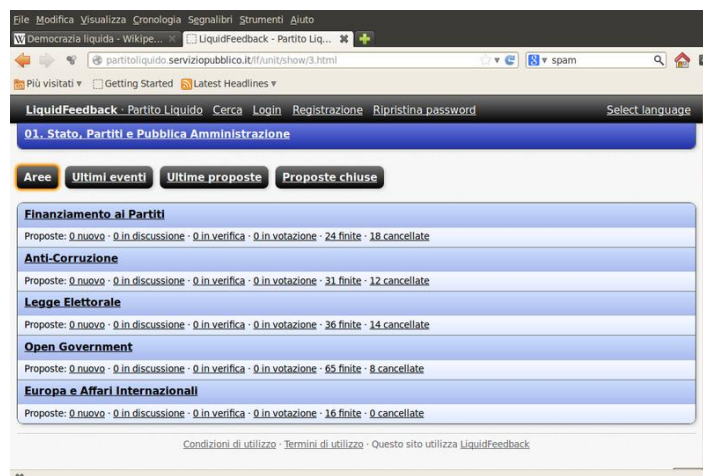
En el Kurdistán sirio la población se levantó primero contra el régimen de Assad y luego contra Isis (famosa es la resistencia de la ciudad de Kobane)⁴¹.

El partido on line australiano⁴² tiene un comienzo muy claro: "Algunas partes dan control a las organizaciones. Algunos nuevos partidos incluso la intención de que le permiten guardar, negociar, comprar y vender votos en línea. ¡NOSOTROS NO! Damos control al votante. Damos control al votante. Un voto por persona, por edición. Sin ahorro, intercambio, compra o venta de votos.

⁴⁰ http://www.eduplace.com/kids/socsci/ca/books/bkd/wklyrdr/u5_article2.shtml.

⁴¹ Una cosa es "profesar" y otra "practicar" El *movimiento 5 stelle* italiano, repárese que dice "movimiento" y no "partido" tiene un pecado de origen: el sitio del partido no está intestado al movimiento sino a dos personas el cómico Beppe Grillo y Cassaleccio. Estos, además desconocen resultados de la red, como la elección de la candidata a alcalde por Genova Marika Cassimatis, lo que provoca que el movimiento vaya a elecciones sin candidato.

⁴² <https://twitter.com/OddemocracyA>.



No hay política partidaria, no hay favores a los donantes, no hay influencia de MP y sigue con una clara determinación de la democracia directa⁴³.

Partido Pirata es una etiqueta adoptada por partidos políticos en diferentes países. Los partidos piratas apoyan la defensa de los derechos civiles y sociales, democracia directa con el modelo de democracia líquida y participación ciudadana, reformas al copyright y leyes de patentes, el libre acceso al conocimiento (abrir contenidos), los bienes de uso común, la privacidad en la información, la neutralidad en la red y la protección y fomento de Internet, con un acceso igualitario a la misma, incluido el ámbito rural. Actualmente encontramos, una red de 60 partidos piratas en el mundo. Aquellos que tienen mayor participación en el gobierno en elecciones nacionales, se destacan Alemania con el 2,1% de los votos, República Checa con el 2,66%, Suecia con 0,43%, Islandia 5,10%, Ucrania 9,0%. Posee actualmente un eurodiputado.

La base de los Partidos Pirata son los derechos civiles, el derecho a la democracia directa, la participación ciudadana, la transparencia, la reforma del copyright y el sistema de patentes, el acceso a la cultura (Cultura libre), privacidad, libertad de información, educación gratuita y sanidad universal. Los Piratas defienden la neutralidad de la red y el derecho de acceso a Internet universal y sin restricciones, como condición para ello.

El 1 de enero de 2006, bajo el liderazgo de Rickard Falkvinge se fundó el primer Partido Pirata (Piratpartiet) en Suecia⁴⁴.

⁴³ DEMOCRACIA DIRECTA EN LÍNEA (Formalmente Senator Online) Los miembros del Parlamento (Senadores y Cámara de Representantes) votan de acuerdo con la clara mayoría de votos del público (USTED) al hacer leyes. Todos en la Ronda Electoral de la AEC podrán votar de forma gratuita cualquier ley o cualquier nueva ley australiana. Nuestro partido ha aprobado los requisitos de registro para la AEC y está listo para disputar la Elección Federal 2016. DEMOCRACIA A TRAVÉS DE LA TECNOLOGÍA - usando Internet podemos regresar a un sistema que refleje sus verdaderas posiciones en temas importantes. Recuperar el poder de los políticos, intereses especiales y grupos de presión y ponerlo de nuevo donde pertenece: En sus manos - ¡Ahora podemos!

⁴⁴ El nombre es heredado de *Piratbyrån* una organización que luchaba contra las leyes del copyright. Miembros del *Piratbyrån* había fundado previamente un tracker de BitTorrent conocido como The Pirate Bay. *Piratbyrån* es la versión sueca de la organización Danesa *PiratGruppen*, llamada así debido a que se fundó para oponerse al lobby del grupo anti-piratería *AntiPiratGruppen* de Dinamarca. La etiqueta "pirata", que ha sido usado por los medios de información y la industria cultural en numerosas campañas en contra de la infracción de los derechos de autor, es usada de forma reivindicativa. La ideología del Movimiento Pirata precede a la constitución de los primeros Partidos Piratas y está fuertemente influida por la ética hacker y el movimiento del software libre; ambos de varias décadas de antigüedad.

La democracia directa electrónica es una forma de democracia directa en la cual Internet y otras tecnologías de comunicación electrónica se usan para mejorar la burocracia involucrada con los referendos, registrando electrónicamente los votos. Muchos partidarios piensan que también se pueden incluir en esta noción las mejoras tecnológicas al proceso deliberativo, o incluso a la gestión de gobierno para acercarla a los ciudadanos. A la democracia directa electrónica se le llama a veces *EDD* (muchos otros nombres se usan para lo que es esencialmente el mismo concepto).

Según el concepto de aplicación moderada de la tecnología a la democracia directa, los ciudadanos tendrían el derecho de votar en asuntos legislativos ante el parlamento o el congreso, escribir nuevos proyectos legislativos y revocar representantes en cualquier etapa.

Un ejemplo contemporáneo que toma un acercamiento evolucionario a la Democracia Directa Electrónica es aquel en el que los representantes conducen referendos independientes, usando Internet u otras tecnologías de la comunicación. Este paso potencial hacia la democracia directa electrónica no requiere cambios constitucionales ya que simplemente refuerza la relación entre el elector y el elegido. El extremo sería aquel en el cual los representantes electos del pueblo en un parlamento o en un gobierno se limitasen a transmitir a los ciudadanos aquellos proyectos que se proponen a su decisión, y hacer efectivos después los resultados de esos referendos electrónicos. Actualmente existen movimientos como Democracia Directa Digital y Partido de internet en España o Asociación Civil Eudemocracia en Argentina que abogan por dicho sistema.

Objeciones que vienen de la democracia directa se aplican a la democracia electrónica, como por ejemplo, el potencial de los gobiernos de irse hacia el populismo y la demagogia. Autores como Kampen y Snijkers (1914) han expresado el temor al populismo ya que consideran que, en todo caso, las minorías siempre sufren los costos de las elecciones insuficientes. El populismo exige mayor participación ciudadana pero no necesariamente una deliberativa.

J. Haskell apunta que los mecanismos de democracia directa no previenen de la tiranía de la mayoría, basándose en la conocida "paradoja del voto" por la cual un grupo social, aun formado por sujetos racionales y conscientes, no siempre es capaz de ordenar sus elecciones de forma coherente y por tanto, las mayorías siempre estarán compuestas por coaliciones de minorías inestables, por lo que rara vez, expresarán instrucciones políticas claras y comprensivas, lo que, a su vez, puede llevar a concluir que el voto directo no siempre expresa la voluntad popular mejor que la decisión de los representantes. Así, según el autor, una democracia representativa podría reflejar mejor el interés público representando mayor diversidad en una sociedad plural, diversa y compleja. Por tanto, lo que sería verdaderamente necesario, es utilizar los mecanismos de democracia electrónica para crear y consolidar procedimientos que permitan revisar las decisiones políticas y escuchar a todos los intereses de la sociedad.

Por otro lado, existen objeciones más prácticas, relacionadas con la brecha digital entre aquellos con acceso a los medios de la democracia electrónica (teléfonos móviles y conexiones a Internet) y los que no los tienen, como también el costo del gasto en las innovaciones de democracia electrónica.

Tecnologías contemporáneas como listas de correo electrónico, redes p2p, software colaborativo, wikis, foros de Internet y blogs sirven como pistas y soluciones potenciales tempranas para algunos aspectos de la democracia

electrónica; igualmente, también son muestras de algunos asuntos asociados al territorio, como la imposibilidad de sostener nuevas iniciativas o de proteger contra el robo de identidad, la sobrecarga de información o el vandalismo.

C.R. Sunstein (2009) afirma la necesidad de preguntarnos, a la hora de evaluar las nuevas tecnologías de la comunicación, de qué forma puede afectarnos como ciudadanos y no solamente preguntarnos de qué forma nos afecta como consumidores de una sociedad capitalista, sobre la base de exigirnos responder a la cuestión de qué clase de ciudadanos queremos ser, qué papel queremos jugar y en qué clase de democracia queremos vivir.

Además de críticas sobre el fondo del tema, hay también críticas formales o de seguridad, por ejemplo la facilidad con la cual las redes de computadoras son atacadas. Últimamente dos ejemplos han sido contundentes: WannaCry y Petya que son dos ransomwares⁴⁵.

10. Conclusiones

Existen estudios de las tendencias internacionales que muestran la paralización de la curva ascendente de países que se incorporan a los sistemas democráticos a partir del 2005 y una regresión de esa curva. Otros estudios muestran formas de alarma frente a la pérdida de interés, en algunos países, hacia las formas democráticas de gobierno. ¿Hay una crisis de la democracia? Parecería que no pero hay signos inquietantes de pérdida de libertad como evidencia *Freedom House*.

Personalmente, no estoy demasiado inquieto pero no olvido que los regímenes democráticos son raros históricamente y tienen una componente peligrosa como es la libertad que permite a mucha gente que no cree en la democracia servirse de ella para llegar al poder y luego echarla a la espalda.

Los números de los países que van abandonando las características de la democracia crecen. Venezuela y Turquía son ejemplos recientes, pero también cierto desprecio a la libertad de prensa como evidencia Donald Trump, no nos hace hablar de abandono de la democracia, pero sí son signos alarmantes que podrían repetirse y aumentar.

¿Hay crisis de la democracia representativa? Esta sí, no puede disimularse frente a los yerros catastróficos de políticos avezados con respecto a la voluntad popular y la estima creciente de la opinión pública ante manifestaciones de anti política.

¿Cómo resolverlo? Sustancialmente hay dos salidas claras: una la democracia participativa que es la democracia representativa más transparente, más deliberativa y más cercana a los votantes. Nada mejor que leer la comunicación de Alberto Dalla Via sobre el tema.

Pero, ¡atención! el paper de Dalla Via se intitula *La democracia directa: entre la utopía y la anarquía*. Así para él –aparentemente– la única salida es la reafirmación de una democracia participativa, pues descalifica la democracia directa.

⁴⁵ Un "ransomware" es un virus o programa malintencionado que bloquea los archivos del usuario hasta que pague un "rescate" o acceda a las peticiones de los hackers.

Una vez más debo reiterar que es falsa la percepción popular que considera a la política el principal tema de la vida de los ciudadanos. Como dijimos antes a la masa le encanta “hablar” de política, pero a la hora de elegir prefiere con mucho el fútbol, como espectador. Recordemos la indicación metodológica del sistemismo y en particular el sistemismo cognitivista: estamos trabajando con clasificaciones de sistemas de gobierno: democracia y autoritarismo; democracia representativa y directa; democracia participativa y líquida. Todas son construcciones mentales que tienen referentes objetivos en el mundo pero el subrayar un componente en detrimento de otro puede configurar sistemas que sean diferentes no tanto en sus componentes como en su estructura y mecanismo⁴⁶.

La democracia directa requiere un compromiso y una actividad que no es usual⁴⁷ y de eso hay que tener cuenta. Es cierto que las nuevas tecnologías facilitan la participación que antes era impensable para espacios nacionales vastos y densos, inclusive para espacios supranacionales⁴⁸. Es notable ver como inclusive los partidos tradicionales usan las plataformas electrónicas para hacer política⁴⁹.

Las nuevas tecnologías dividen por edades a la población siendo poco el uso que se da en los miembros de la tercera edad. Pero la necesidad tiene cara de hereje y ya se están haciendo a la idea de que para usar los aviones con bajo costo en USA y Europa deben aprender a usar sus celulares para hacer el *check in*.

El otro tema que va subrayado es que cada vez más los ciudadanos se ocupan de “como se gobierna” y no solo “quien gobierna”; vuelve a ponerse de moda un tema que parecía caduco: “el buen gobierno”⁵⁰. Norberto Bobbio se ocupó de la definición de un buen gobierno, la prueba de tres de las formas más comunes de buena gobernabilidad, heredada del clásico, por primera vez por Platón y Aristóteles. De acuerdo con el análisis típico-ideal preparado por este autor, hay “dos criterios principales para distinguir entre el buen gobierno y la mala gestión [...] La primera: el buen gobierno es el gobernante que ejerce el poder de conformidad con las leyes preestablecidas e inversamente mal gobierno es el gobierno de quien ejerce el poder sin respetar ninguna ley, sino la de su propio capricho. La segunda: el buen gobierno es el gobernante que hace uso de su poder para perseguir el bien común, el mal gobierno es el que hace uso de la facultad de perseguir su propio bien. Esto trae dos odiosas figuras típicas: el caballero que da ley en sí mismo, el autócrata en el sentido etimológico de la palabra, y el tirano que usa el poder para satisfacer sus propios placeres” (Bobbio, 1983: 237).

Las nuevas tecnologías facilitan la participación que antes era impensable para espacios nacionales vastos y densos, inclusive para espacios supranacionales⁵¹. Es cierto que, en este momento, el uso de la tecnología para

⁴⁶ Para aclarar todos estos conceptos ver MARTINO A.A., *La sistémica en Mario Bunge* <https://es.slideshare.net/dmelop/la-sistmica-en-mario-bunge>

⁴⁷ Los griegos tenían a los periecos para trabajar mientras ellos se dedicaban a la *res publica*. Sin embargo, Aristóteles considera a la democracia el “gobierno de los pobres” pues si no trabajan por hacer política nunca serán ricos.

⁴⁸ Como se vio con el ejemplo último de la Unión Europea.

⁴⁹ Muy interesante el análisis de campo de José SIXTO GARCÍA y David ÁVILA GÓMEZ en “Presencia online y participación social de los partidos políticos españoles entre el 20D y 26J”, en *Question, Revista de Comunicación de la Universidad de La Plata* www.question.unlp.edu.ar, El uso de las nuevas tecnologías en los cuatro partidos españoles más votados. Pdf.

⁵⁰ BOBBIO N. (1991), “Governo degli uomini o governo delle leggi?” in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino; Id. (1996), *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza, Roma-Bari. Debo a una reflexión de Enrique ZULETA PUCEIRO, que leyó el texto la inclusión de este punto.

⁵¹ Como se vio con el ejemplo último de la Unión Europea.

hacer política de representación directa es una utopía. Pero ¿Por cuánto tiempo? Hay ya partidos como los piratas⁵², los partidos de la Red y todos los que se basan en una e-política que están trabajando en muchas partes del mundo y con notable éxito. En el fondo creo, se irá dando una mayor participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías primero en la administración pública, así como hoy en los bancos y poco a poco en la política⁵³.

Sin embargo, estamos lejos de una efectiva democracia directa con medios digitales y no tanto por los medios cuanto por la cultura que debe acompañarlos y que requiere tiempo para asentarse.

Entre tanto es posible que tengamos salidas a democracias liquidadas siempre y cuando los embates sobre las democracias resulten derrotados y la democracia representativa acepte el camino hacia una democracia participativa.

Bibliografía

BENJAMIN B., (1984), *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, Berkeley.

BOBBIO N. (1991), "Governo degli uomini o governo delle leggi?" in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino.

BOBBIO N. (1996), *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza, Roma-Bari.

BOBBIO N. (1983), "Il Buon governo", in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* (adunanza solenne del 26 giugno 1981), Accademia Nazionale dei Lincei, Roma.

BOBBIO N. (1989), *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

CÁRDENAS GARCÍA J., *Democracia interna en los partidos y democracia participativa*:

[En línea] www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf

DAHL R. (1994), *The New American political (dis)order: an essay*. Responses by Richard M. Abrams [et al.], Institute of Governmental Studies Press, Berkely.

DALLA VIA A., *La democracia directa: entre la utopía y la anarquía*, Instituto de Derecho Constitucional de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ESPEJO R. y REYES A. (2016), *Sistemas organizacionales. El manejo de la complejidad con el modelo de sistema viable*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Universidad de Ibagué.

Evaluación de la OCDE del sector de las nuevas empresas basadas en el conocimiento:

⁵² Que tienen su representante en Argentina <http://fmdelta903.com/blogs/beats1113/item/el-partido-pirata-de-argentina-se-arma-para-participar-en-las-legislativas.html>

⁵³ Interesante el proyecto de la Democracia Digital en Argentina: "Establecer una Democracia Directa Digital en Argentina, mediante la utilización de las nuevas tecnologías como ser Internet, computadoras, celulares, Forma de llevarlo a práctica, a través de un portal web en internet; un software de Gestión de Gobierno (Licencia GLP); y un partido político, para poder acceder al gobierno, modificar las instituciones y posteriormente prescindir de los partidos políticos en una etapa avanzada del proyecto".

http://www.oecd.org/centrodemexico/Evaluaci%C3%B3n_de_la_OCDE_del_sector_de_las_nuevas_empresas_%20IMPRESA-1.pdf

STEFAN FOA R., INGLEHART R.F., KARABCHUK T. y PONARIN E. (2017), "Conjunto-Teoría de puntos y colapso de la sociedad: el caso de Rusia", *Journal of Happiness Studies*, Vol. 18 (3).

STEFAN FOA R y MOUNK Y., "Los signos de la desconsolidación", en *Revista Democracia*, vol. 28.

FRAGA R., NuevaMayoria.com, 17 de junio de 2016.

KAMPEN y SNIJKERS (2014), *The Oxford Handbook of Governance*, ed. David Levi-Faur, Oxford.

KAUFMANN B. (1994), *Guía para dirigir la democracia*, Estocolmo.

MACAREL M.L.A. (1838), *Elementos de derecho político*, traducido por Félix Enciso Castrillon, II tomo, imprenta Yenes, de la calle Almudena, Madrid.

MARTINO A.A. (1978), *Osservazioni sulla definizione di "dittatura"*, *Il Politico*, XLII, nº 2, Roma.

MARTINO A.A. (2014), *Legislación y Digesto*, Eudeba, Buenos Aires, 2014.

MARTINO A.A., *La sistémica en Mario Bunge* <https://es.slideshare.net/dmelop/la-sistémica-en-mario-bunge>.

MCLUHAN M. (1964), *Understanding Media. The Extensions of Man*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts.

MATURANA H. y VARELA F. (1992), "¿Cómo están usando los cleptócratas extranjeros las instituciones occidentales para proteger sus ganancias mal habidas?", en *The Tree of Knowledge*, Boston, Londres, Shambhala.

MONUK Y. (2018), *Journal of Democracy*, enero.

OBAMA, *Memorandum for Transparency and Open Government* (21 de enero de 2009).

Open Government Partnership, 2011.

MISHRA P. (2017), *La edad de la ira*, Galaxia Gutemberg, Barcelona.

RAMIREZ NÁRDIZ A. (2014), "La participación como respuesta a la crisis de la representación: el rol de la democracia participativa", en *Revista de Derecho Político*, núm. 90.

SARTORI G. (2012), *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus.

SARTORI G. (1989), *Elementi di teoría política*, Il Mulino, Bologna.

SIXTO GARCÍA J. y ÁVILA GÓMEZ D., "Presencia online y participación social de los partidos políticos españoles entre el 20D y 26J", en *Question, Revista de Comunicación de la Universidad de La Plata*, www.question.unlp.edu.ar

SUNSTEIN C.R. (2009), *Republic.com 2.0*, Princeton University Press.

ZANATTA L., *La Nación*, 28 de junio 2017.

http://www.democracialiquida.org/sect/es_ES/4003/Delegaci%C3%B3n+de+%20Voto.html

www.e-democracy.org

<https://www.mysociety.org>

<https://www.brent.gov.uk>

www.evot.eu2003.org.

www.democracyweb.org

[//www.gencat.net/nouestatut](http://www.gencat.net/nouestatut)

<http://www.e-consensus.org/>

www.madridparticipa.org

<http://partidodelared.org/>

8a8pro7vhmx.cloudfront.net/evrnc/pages/77/attachments/original/1439836939/2015-08-20EVRNCAugust2015GeneralBoardMtgAgendaSpanish.pdf?1439836939
http://www.eduplace.com/kids/socsci/ca/books/bkd/wklyrdr/u5_article2.shtml.

<https://twitter.com/OddemocracyA>.

<http://fmdelta903.com/blogs/beats1113/item/el-partido-pirata-de-argentina-se-arma-para-paticipar-en-las-legislativas.html>

La armonización de la legislación penal en América Central*

The harmonisation of criminal legislation in Central America

Francisco Javier Álvarez García
 Universidad Carlos III de Madrid
franciscojavier.alvarez@uc3m.es

Recibido / received: 19/02/2018
 Aceptado / accepted: 10/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4154>

Resumen

La efectividad en la lucha contra la, especialmente, criminalidad organizada precisa inexcusablemente de la cooperación internacional, sin embargo condición de ésta, especialmente en un escenario tan complicado como es Centroamérica, de un acercamiento de las legislaciones de los diversos estados en términos de “armonización”. La experiencia del autor en la armonización de numerosos tipos penales en el ámbito del Sistema de Integración Centroamericano (SICA) es lo que se ha plasmado, sintéticamente, en este trabajo.

Palabras clave

Armonización, criterios de armonización, armonización máxima o mínima, principio de legalidad, cooperación internacional penal, organizaciones criminales.

Abstract

The effectiveness in the fight against organized criminality needs compulsory international cooperation. However, as a previous condition, it needs the convergence of legislations from different states in terms of “harmonisation”, mainly in the so complex scenario from Central America. This paper incorporates the author’s experience about preparing the harmonisation of a large number of criminal figures at the Central American Integration System (SICA).

Keywords

Harmonisation, harmonisation criteria, maximum or minimum harmonisation, rule of law, criminal international cooperation, criminal organizations.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Criterios de armonización.

* Del 20 al 23 de junio de 2011 se celebró, en Ciudad de Guatemala, la Conferencia Internacional de Apoyo a la Estrategia de Seguridad de Centroamérica; una de las consecuencias de la misma consistió en iniciar un proceso de armonización de la legislación penal de los países del Sistema de Integración Centroamericano (SICA) en materia de criminalidad organizada. Partiendo de ahí el autor de estas líneas elaboró diversos documentos de armonización de tipos penales.

1. Introducción

¿Por qué armonizar las legislaciones sustantivas y rituales de naturaleza penal? La respuesta es tan sencilla como contundente: porque el mundo ha cambiado y nos ha cambiado a las naciones. Efectivamente, desde hace no menos de dos siglos sabemos que no se puede vivir aislado, e incluso, aunque quisiéramos, que ello no nos es permitido, y el Imperio Británico lo demostró sobradamente a inicios del segundo tercio del siglo XIX cuando con su Armada obligó a China a establecer relaciones comerciales. Pero ya no sólo los imperios o las naciones vecinas, sino que tampoco los simples individuos, nacionales de un Estado u otro, permiten el aislamiento, y éste sólo se ha podido conseguir, al precio de mucha sangre, en algunos estados totalitarios: como sucedió en los “países del telón de acero” hasta 1991, o como ocurre hoy, todavía, con Corea del Norte. Pero se trata de prisiones artificiales destinadas a reventar, e imposibles de mantener – incluso inconcebibles- en regímenes “más o menos” democráticos.

El optimismo que invadió casi todo el mundo tras la 2ª Guerra Mundial trajo consigo, además, el germen de lo que, andando los tiempos, terminaría dando lugar a la globalización: la libertad de circulación, de asociación, de comercio, de residencia... ayudada por las tecnologías de la información y de la comunicación, ha “destruido” las fronteras nacionales tal y como se habían concebido hasta mediados del siglo pasado. Hoy en día no son pocos los extranjeros que conocen nuestros propios países mejor que los nacionales; tribunales, organismos internacionales o estados soberanos “imponen” a los países normas de conducta, y distintos textos internacionales reconocen a los extranjeros derechos –incluso el de participación en elecciones- a veces en plano de igualdad con los mismos naturales del país.

Pero la apertura de los países y la consagración de las libertades más arriba mencionadas, posibilitan también que un producto falsificado en Madrid se encuentre en un breve plazo en las estanterías de comercios de Roma, París, San José o Tegucigalpa, o que un sujeto delinca en Nicaragua y se refugie inmediatamente después en Panamá o República Dominicana. A partir de ese momento a los estados nacionales sólo se les presenta la siguiente alternativa: o colaboran entre ellos para perseguir el crimen, o refuerzan al delincuente en sus hechos favoreciendo su impunidad con la excusa formal de un principio de soberanía absolutamente trasnochado. Es decir: o la propia bandera se utiliza para envolver a la víctima y protegerla con ella, o, alternativamente, para hacer lo propio con el delincuente.

Es posible que hasta fechas recientes bastara para perseguir a los delincuentes “internacionales” con suscribir instrumentos de cooperación tales como los vetustísimos convenios de extradición, e incluso es razonable que este instrumento siga sirviendo en las relaciones entre países muy alejados y con escasísimo intercambio de todo tipo (¿cuántos islandeses o tayikos se relacionan al cabo del año con El Salvador?). Pero, desde luego, ello no es así en relación con otros países del mundo y mucho menos con aquellos otros con los que “compartimos” un mismo espacio geográfico, fronteras, o con los que los intercambios de todo tipo son muy abundantes. En estos últimos casos los criminales han “armonizado desde el punto de vista nacional” el delito, y lo cometen, indistintamente, a un lado u otro de la frontera, o llevándolo a cabo sólo en un lado sus efectos transitan al otro; o en delitos más complejos habitual es que mientras la acción y el resultado se producen en uno o en dos países, el aprovechamiento de los réditos de los mismos se lleve a cabo en un tercero o en un cuarto. La cuestión,

pues, es la siguiente: ¿armonizamos legalmente lo que los delincuentes han armonizado de hecho? ¿O seguimos atendiendo a llamamientos, en algún caso interesados, de atrincherar la lucha contra el delito dentro de las exclusivas fronteras nacionales?

Pero, al mismo tiempo, no debe olvidarse que los delincuentes, las organizaciones criminales han “armonizado” también por su cuenta elementos esenciales, conceptos integrantes de la estructura de los delitos que afectan a los fundamentos mismos de la comunidad humana. Así ¿qué es para los tratantes de personas una mujer o un trabajador clandestino? Pues no más de lo que sea cualquier animal, es decir: un objeto carente de identidad y, por supuesto, de derechos. Por ello se les cosifica y pueden aparecer en fosas comunes ante cualquier acto de rebeldía, de falta de acatamiento a las instrucciones que les imparten. Es decir: mientras que para los Estados los seres humanos han ido tomando a lo largo del siglo XX (lo que culminó en la Declaración Universal de Derechos Humanos) un valor en sí mismos con independencia de su nacionalidad, de su sexo o de cualquier seña de identidad, para las organizaciones criminales son únicamente objetos que pueden servir ora como meras piezas de recambio en el tráfico internacional de órganos, ora como fuente de placer para terceros en la prostitución forzada. Por eso debe decirse que la armonización de la persona se ha producido para las organizaciones criminales mediante la reducción a cero del valor de los seres humanos. Y esa “armonización” triunfa en el campo internacional.

El problema, además, es que hay delitos cuya naturaleza reclama lo internacional, siendo el caso más claro el del llamado ciberdelito. En este supuesto la referencia al mundo físico carece de sentido, pues el soporte de esa clase de crimen es un espacio virtual. Es decir: el ciberespacio, como nuevo ámbito de intercomunicación personal y social, conlleva la contracción de la distancia y el tiempo a la vez que la expansión de la capacidad comunicativa de cualquier usuario, con la consiguiente facilidad para los criminales potenciales para el acceso, sin barreras espaciales o territoriales, a los bienes de miles de personas. En Internet, pues, se puede realizar un delito desde cualquier país contra un objetivo situado en otro país, incrementándose exponencialmente el número de agresores y de víctimas y reduciéndose los efectos de los vigilantes. ¿Qué sentido tendría, en relación con estos delitos, no compartir instrumentos penales y procesales? El no hacerlo es igual a impunidad; se trata de una decisión de Política Criminal que deben tomar los países: ¿queremos dejar impune el ciberdelito? ¿Deseamos dejar indefensos ante los criminales a nuestros ciudadanos?

Pero no se trata únicamente de delitos, como el cibercrimen, en los que ontológicamente el espacio físico está desdibujado, sino también de aquellas figuras delictivas a las que la ya aludida “caída de fronteras” ha otorgado “otras alas”, o que incluso tenían ya, *in nuce*, vocación internacional. Es el caso, verbigracia, del tráfico de armas, del lavado de dinero o del tráfico de drogas ¿o acaso no han sido bandas mexicanas las que han causado alguna de las mayores tragedias en Guatemala, en el Petén, el 15 de mayo del año 2011? ¿O no han sido traficantes colombianos los que han estado dictando las reglas en el comercio internacional de las drogas? ¿O acaso el blanqueo de capitales no encuentra su Meca en paraísos alejados de los países en donde se han obtenido los beneficios derivados del delito?

Quizás hace algunos decenios existía la alternativa de armonizar o no las legislaciones, hoy eso es sencillamente una necesidad: no hay opción. Desde luego que el mismo problema se ha planteado en otras regiones donde incluso se ha superado ya la fase de armonización; es el caso de la UE, pero ciertamente eso

exige una evolución política (que, por otra parte, hoy está en crisis) a la que aún no se ha querido llegar en América Central.

Pero insisto (y lo volveré a hacer más abajo): la armonización legislativa es un proceso largo, lento, difícil, que exige mucha confianza y otras tantas concesiones, la creación de un clima más que de cooperación de intimidad, un transcurso en el que debe tenerse en cuenta que en un inicio es más importante avanzar en la creación de ese clima que en la confección de los concretos tipos penales o regulaciones procesales, y que son los países, de uno en uno y en su conjunto, quienes deben “llevar de la mano” esta evolución.

2. Criterios de armonización

En todo caso, a la hora de afrontar una armonización penal y procesal creo que deben tenerse en cuenta las siguientes reflexiones:

1. Semejanzas culturales. No cabe duda de que una de las tareas más importantes, quizá la fundamental, en un proceso de integración regional es la de la armonización legislativa, que siempre tiene un presupuesto: la aproximación o semejanza cultural, cuya carencia se constituye en una de las razones por las que tentativas de integración han fracasado o, sencillamente, no se han podido llegar a iniciar; es el caso, por ejemplo, de Turquía y la Unión Europea, pues las diferencias culturales, antes que las económicas o las relativas a los principios jurídicos fundamentales, hacen difícilmente viable la integración, y si se intenta de forma inmediata fracasará.

No es éste, sin embargo, el problema en la Región Centroamericana, en el ámbito del SICA. No obstante lo cual hay que señalar que más allá de la comunión lingüística y de otros muchos factores –fundamentalmente una Historia en buena parte compartida- que contribuyen a afirmar que existe un importante acervo común –que incluso abarca la literatura o la música y, por qué no decirlo, ciertas formas de expresión de la delincuencia-, la diferente derrota histórica de alguno de los países que conforman esta comunidad centroamericana, las guerras civiles, las distintas políticas exteriores, las opciones ideológicas y educativas, los posibles conflictos internacionales, la mayor o menor presencia de comunidades indígenas, las estructuras económicas y, muy especialmente por su carácter decisivo en múltiples aspectos, el mayor o menor desarrollo, pueden haber introducido diferencias o peculiaridades que no deben despreciarse, y que obligarán, si se quiere que el proceso de integración triunfe, a tenerlas en cuenta y a contar con ellas, a no prescindir de las mismas; en definitiva: a saber mantener esas diferencias (algunas de ellas queridas y recomendables) dentro de un proceso de integración.

Dicho de otra forma: integración política, más allá de un examen filológico, significa: unirse en los buscados puntos comunes, y mantener y proteger los ámbitos diferenciales.

2. Armonización legislativa regional y participación democrática. Pero los procesos de armonización legislativa han de ser procesos muy “vigilados” desde el punto de vista democrático, y ello por una potísima razón: el mandato que los ciudadanos de cada país han dado a sus legisladores está referido, entre otras cosas, a que la legislación de su Nación la deben hacer ellos, su Parlamento, y no instituciones ajenas a ese Legislativo. Ese constituye un límite que, a no ser que se modifiquen los términos constitucionales, no debe ser sobrepasado...aunque conviniera, aunque racionalmente fuera lo mejor,... En efecto, se trata de límites, los

establecidos por las Cartas Constitucionales, cuya superación un demócrata no puede aceptar en forma alguna. La conclusión, pues, está clara: la legislación de cada país la aprueba su propio Parlamento, como quiera que éste se llame, y de acuerdo con los procedimientos que se hayan establecido en sus textos fundamentales.

Sin embargo, no debe olvidarse que los ciudadanos de cada país han dado a sus legisladores, también, instrucciones para mantener a su Nación en el ámbito de la Comunidad de Naciones, pues sólo perteneciendo a esa Comunidad –y de ello tenemos ejemplos constantes a lo largo de la Historia- es posible el desarrollo y engrandecimiento de los particulares pueblos. Ese dato se ha comprendido perfectamente por las comunidades nacionales, y por ello los acuerdos, convenios y tratados internacionales, que en ocasiones suponen una obligación directa para los legislativos de normar en determinado sentido, menudean en el mundo internacional.

La cuestión, sin embargo, es la de distinguir entre “acordar para legislar” y “ser legislado”, siendo únicamente la primera conforme con la Constitución de las Naciones, a no ser que éstas hayan decidido realizar cesiones de soberanía (y el caso de la UE es más que evidente en este sentido) o, expresamente, en sus textos constitucionales abran la puerta a textos internacionales, aunque en este último caso se suele exigir la previa ratificación que, en definitiva, consiste en una legislación del propio Estado.

Así, pues, la primera determinación: armonización sólo puede ser igual a acuerdos de directrices que los particulares parlamentos nacionales han de encargarse de concretar e integrar, trámite la aprobación de las correspondientes leyes, en los distintos Ordenamientos nacionales.

3. Armonización máxima o mínima. Pero antes de pasar a otras cuestiones es conveniente precisar algo más el cómo debe ser esa armonización: mínima o máxima, con propuestas concretas de tipificación como referentes o no.

Debo, en primer término, señalar que no creo que los “códigos tipo”, como alguno que fue elaborado hace décadas, sean un instrumento ni necesario ni especialmente conveniente, pues, y el devenir de los tiempos así lo ha demostrado, al final generalmente sólo sirven como mera aportación teórica, frecuentemente muy alejada de la realidad a normar (pensada, como ha ocurrido con algunos códigos nacionales “llave en mano” elaborados por juristas extranjeros sin participación alguna –más que como “clap”- de los nacionales, para espacios distintos de aquéllos a los que teóricamente se dirigían). Así, pues, lo adecuado pareciera dirigirse –en un primer momento- al establecimiento de principios, de referentes legislativos, como, verbigracia, los siguientes: “los modelos penales referidos a los delitos de lesiones deberán acoger la prohibición tanto de acciones positivas como omisivas”, o “la referida conducta deberá ser castigada con pena de prisión que exceda, o sea igual, en el mínimo de su marco penal a los tres años”.

Se trata, como puede fácilmente deducirse, de referentes de armonización muy elementales, pero que en gran parte de los casos permitirían construir un “mundo penal” armonizado en la Región, y acabar con el particularismo jurídico nacional que tanto dificulta la “conversación jurídica” entre las distintas naciones pertenecientes al SICA.

4. Precisiones sobre “lo” máximo y lo mínimo en materia de armonización. Aludíamos más atrás a la oportunidad de optar por una armonización mínima o

máxima. Pues bien, antes de avanzar en esta dirección resulta conveniente dar contenido, a grandes rasgos, a lo que entendemos por una y por otra.

La armonización mínima está prevista para aquellos casos en los que la lejanía entre los diferentes sistemas jurídicos se encuentra tan marcada por los muy diferentes principios de los que parten, que el intento de mayor integración resulta no sólo imposible sino también inconveniente, pues el fracaso –también en los niveles políticos- estaría garantizado. Así, en esa integración mínima se trataría exclusivamente de “ir acercando” los diferentes sistemas, manteniendo las diferencias irreconciliables, pero tratando de esa forma de solventar en lo posible los conflictos que pueden plantearse entre los diferentes países en su interpretación y aplicación.

Entiendo que, con carácter general, este no es el caso de los sistemas jurídicos adoptados en los países del SICA, y que es posible trascender a estos niveles mínimos de armonización.

Así pues sostengo que en el ámbito del SICA puede acudir a máximos de armonización (exceptuando, quizás, algunos supuestos), de forma tal que sea posible confeccionar directrices a las cuales ajustar las diferentes legislaciones nacionales. De esa forma, y con independencia de las características de cada país que únicamente constituirán peculiaridades legislativas sin especial trascendencia en el diseño de las instituciones, podrá llegarse a “hablar el mismo idioma” penal y procesal penal en la Región.

5. Armonización y modelos regulativos. Pero el que el documento de armonización se limite a incluir en grandes líneas –aun en un modelo de armonización de máximos- los elementos integrantes de los diferentes delitos o, en general, instituciones, no es obstáculo para que paralelamente, y al margen de aquel documento, se propongan modelos regulativos más acabados y que puedan servir como referente para los legisladores de los diferentes países. De esa forma los distintos Parlamentos tendrían “a la vista” los modelos de propuestas normativas que los países están utilizando para confeccionar sus códigos, con lo que la tendencia a la uniformidad sería más acusada, y el logro de la armonización más fácil.

Por lo tanto, se estima conveniente la confección de dos documentos: uno con la expresión de los elementos mínimos a incluir en las concretas regulaciones, y otro con propuestas definidas de tipificación o regulación.

6. Armonización y método: la importancia de los principios generales. Especial referencia al Principio de Legalidad. Obviamente el proceso de armonización referido tiene dos presupuestos necesarios: uno, el estudio de la legislación particular de cada uno de los países que integran el SICA, y el segundo, la participación en unos principios generales informadores del Derecho Penal y Procesal Penal que servirían de guía a las propuestas de construcciones normativas.

Prescindiendo en este momento del estudio particular de las legislaciones penales y procesales nacionales, pues ya ha sido efectuado por la COMJIB de acuerdo con encargo efectuado por el SICA, habría que fijarse exclusivamente en el establecimiento, a grandes rasgos, de los dichos principios informadores de la materia, que se constituirían en los cimientos del sistema de armonización y que tendrían una influencia que iría considerablemente más allá de las concretas regulaciones de las diferentes instituciones o estructuras delictivas. Esos principios

se corresponderían a los que son generalmente aceptados en un Derecho Penal y Procesal correspondiente a un moderno Estado de Derecho.

Debe señalarse que por más que se trata de “principios” ello no significa, como es conocido, que queden al margen de la aplicación diaria del Derecho Penal y Procesal Penal, pues estos Ordenamientos se aplican ordinariamente a través de sus principios, y no son pocas las ocasiones en las que Tribunales Constitucionales declaran contrarios a la Carta Fundamental particulares preceptos por ser, precisamente, contrarios a estos “principios”. Más aún: la sola aprobación y aplicación práctica, consecuente, de estos principios a los distintos códigos de la región, implicaría, a veces, cambios decisivos en sus legislaciones, pues no son pocos los casos en los que alguno de los dichos principios –verbigracia, el mandato de taxatividad en materia penal- resulta severamente conculcado.

De entre los numerosos principios que iluminan la confección del Derecho Penal y Procesal, no es aconsejable prescindir de la referencia particular al que está en la base de todos ellos; me refiero al Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad en materia penal no constituye un mero expediente formal, sino que forma parte de la cultura jurídica de todos aquellos sistemas que siguen el modelo continental europeo. Para éstos las leyes penales son algo más que fórmulas escritas asociadas a una voluntad política. La ley penal no es ningún servicio social de un Estado obsequioso, sino un quebradizo objeto con entidad separada que el Estado únicamente ha de preservar. El Principio de Legalidad penal hace posible y reclama el Principio de Legalidad procesal. La legalidad penal es el presupuesto para la firme organización de la independencia judicial y del juez determinado por la ley. Del Principio de Legalidad penal depende la fuerza de convicción de las decisiones penales tomadas en un proceso; y el crédito que merecen las defensas invocadas depende de la ley. Sin Principio de Legalidad no hay en los Tribunales ambiente alguno posible de racionalidad, como tampoco estudios jurídicos de altura. En definitiva, la preservación del profundo contenido del Principio de Legalidad penal es una de las tareas más responsable y con mayor proyección de las que tiene que llevar a cabo el Estado.

Pero otro de los aspectos de la legalidad penal es el referido a la exigencia de determinación de la pena, lo que requiere algo más que la simple amenaza de que la comisión de una conducta tipificada como delictiva llevará consigo la imposición de una pena de prisión; y tampoco se verá cumplimentada aquélla exigencia en los casos en que aún delimitado en el tiempo el período de prisión con el que se amenaza, el marco penal sea tan amplio que se pueda entender que la limitación es ilusoria.

¿Cuál es el fundamento material de esta exigencia? En primer lugar hay que poner el acento sobre una de las características del moderno Derecho Penal; es decir, hacer hincapié en que estamos ante un Derecho Penal del hecho y no de la personalidad, que de lo que se trata de juzgar son conductas concretas y precisas llevadas a cabo por el imputado, y no sus personales inclinaciones. En este sentido resulta evidente que la aceptación de marcos penales excesivamente amplios pone en peligro este planteamiento, ya que posibilita grandes dosis de subjetivación judicial, lo que facilita, a su vez, la tendencia a “enjuiciar” o a tomar la concreta decisión con atención a la “manera de ser” al “carácter” del sujeto, y no a las particulares y concretas conductas llevadas a cabo por el infractor.

Pero desde luego que la consecuencia más indeseable de la creación de extensos marcos penales es la frecuente conculcación del Principio de Igualdad,

pues el extraordinario recorrido de la pena provocará que de unos tribunales a otros se produzcan grandes diferencias en la determinación final de la sanción. A lo anterior -y también como efecto de la elaboración por el Legislador de marcos penales excesivamente amplios- ha de unirse la consecuencia de un favorecimiento de la tendencia a imponer penas mínimas. Son casos en los cuales los aplicadores suelen huir –por excesivos- del agotamiento de los límites superiores de los marcos punitivos, acudiendo a los límites inferiores de la pena y creando, de esta forma y de hecho, un nuevo marco penal.

Asimismo, una gran amplitud de marcos penales puede llevar consigo una confusión valorativa más que considerable, consecuencia de la similitud entre las sanciones con las que se castigan los atentados a bienes jurídicos de diversas magnitudes.

7. Los ciudadanos como destinatarios de la norma: el conocimiento de su contenido. El camino a la armonización legislativa, y más en el ámbito penal y procesal penal y por las características de estos Ordenamientos, requiere prestar atención, en primer término, al hecho de que los destinatarios de las normas son los ciudadanos, y que toda pretensión de obediencia, de acatamiento del Derecho, implica el hacer comprensible esas normas para que así se pueda dar ese momento del conocimiento normativo que está en la base de la exigencia del cumplimiento. La afirmación de que las normas obligan a pesar de su desconocimiento constituye una exigencia del principio de vigencia pero no del de eficacia, éste último requiere ineludiblemente conocimiento normativo; de ahí que en el mundo del Derecho Penal el error sobre la antijuridicidad de la conducta, sobre la existencia o presupuestos de las causas de justificación, en definitiva: sobre la prohibición, impide la afirmación de la culpabilidad de los sujetos o su afirmación atenuada dependiendo de las posibilidades que hubiera tenido la persona de haber llegado a conocer.

Pero para que esa norma pueda ser conocida es exigible que se pongan en marcha, desde su mismo nacimiento, unos controles internos que faciliten el acceso a su conocimiento; y no me refiero en este momento a la publicación de la misma (lo que, obviamente, constituye una condición de la vigencia normativa) sino a la comprensibilidad de los preceptos, a su accesibilidad. En efecto, los legisladores, en la confección de los preceptos legales, muy frecuentemente utilizan un lenguaje abstruso, en ocasiones sólo comprensible para ellos (ni siquiera para el mundo general de los juristas), con el cual elaboran preceptos larguísimos, casuísticos, reglamentistas, en los que muy difícilmente se percibe, aún por los más avezados hermeneutas, su sentido y, a veces, ni siquiera su intención, su razón de ser.

Pues bien, esta es una forma de legislar que no sólo compromete la eficacia de la norma, sino que se manifiesta como severamente antidemocrática, pues no permite al destinatario de la norma –ese ciudadano anónimo revestido de las cualidades del hombre corriente, lo que muy frecuentemente supone que está desposeído de una gran formación en el mundo del Derecho- llegar a la correcta intelección del precepto, y, por tanto, a ajustar su conducta a lo pretendido por la norma. Todo ello terminará precipitando en ocasiones un incumplimiento involuntario difícilmente subsumible en la institución del error, por lo que, en no pocos casos, se acabará castigando a un buen ciudadano, respetuoso de las leyes hasta donde llegó su comprensión, y víctima de un Ordenamiento que debió hacerse para él, para su protección, buscando su felicidad. Pues no debe olvidarse que la cesión de libertad que, según las teorías contractualistas, efectúa cada ciudadano en favor del Legislativo, se hace para que éste legisle en beneficio de todos, y que por ello cada individuo “traspasa” al Legislativo una porción de su libertad que le permite a éste dictar leyes con alcance general.

En este sentido resulta ineludible elaborar los preceptos penales y procesales usando un lenguaje claro para los ciudadanos, exactamente la lengua que ellos mismos utilizan para sus relaciones ordinarias, puesto que en la redacción de las normas no se trata de que los legisladores hagan obscena y presumida exhibición de su superior formación cultural, sino de que se hagan entender, de que trasmitan adecuadamente el mensaje normativo. Lenguaje limpio, claro, sencillo, utilizando una gramática directa, simple, que huya de todas aquellas formaciones que oscurecen muy frecuentemente el sentido de lo expresado; es decir: hay que utilizar el lenguaje corriente, habitual en la comunicación, porque al pueblo se dirigen los preceptos que se confeccionan. Sólo excepcionalmente –pero la singularidad no debe sustituir la regla- y cuando la precisión del precepto, cuando las exigencias de la taxatividad lo requieran, se deberá acudir al lenguaje técnico, a aquél que sólo es fácilmente comprensible para una minoría de la población; pero en esos casos deberemos asegurarnos que los destinatarios de esa norma concreta son un reducido número de personas que se caracterizan por sus conocimientos especializados. En el caso de que ello no sea así, los poderes públicos estarán democráticamente obligados a realizar esfuerzos suplementarios por hacer accesible el conocimiento de la concreta norma, lo que, en ocasiones, requerirá del Legislador incluir definiciones en los textos legales.

Esta predisposición, además, facilitará los problemas de hermenéutica y pondrá límites a interpretaciones disparatadas. Es decir: ¿hasta qué punto es admisible la discrepancia en la fijación del sentido de las palabras entre el lenguaje ordinario y el jurídico? No debe olvidarse que la lengua es un instrumento que se ha ido amasando durante años, y durante ese tiempo ha ido perfilándose un sentido que suele ser mayoritario contextualmente contemplado. No son aceptables –desde el punto de vista de la lógica, otra cosa es la perspectiva de la defensa penal- las maniobras de los abogados tramposos que para intentar excluir una acusación de injurias buscan y buscan en los diccionarios hasta encontrar, en el más recóndito, un significado que apoye lejanamente sus tesis, aunque se trate de diccionarios cuyo uso terminó en el siglo XVI, al poco tiempo de aparecer Hernán Cortes por tierras americanas, ¡pretendiendo el abogado que su cliente utiliza el mismo lenguaje de los conquistadores y no el de sus padres!

Como dice un conocido autor, aunque de filiación política desgraciada y cuyo nombre es preferible que quede en el olvido, “Es seguro que la interpretación de la ley no se puede situar en oposición abierta al sentido lingüístico y que, por consiguiente, no se puede equiparar aquello que para la comprensión lingüística general significa precisamente lo opuesto. Si un precepto jurídico prohíbe, por ejemplo, llevar perros a las salas de espera, puede que sea viable ampliar el precepto, mediante interpretación extensiva, al caso de que alguien lleve con él un lobo domesticado (caso de que exista una cosa así). Con toda seguridad, la extensión a un oso bailador encontraría oposición. Y el que afirmase que, conforme al sentido regulador del precepto, también los gatos habrían de ser considerados 'perros' se expondría al anatema de la ridiculez. En este caso, el esfuerzo por alcanzar una solución jurídica adecuada podría llegar, a lo sumo, a completar la ley mediante la analogía, si es que ésta se encuentra permitida en el sector jurídico en cuestión”.

Por otra parte no debe olvidarse que la separación del intérprete del sentido del lenguaje, del “ámbito de lo posible” lingüísticamente, constituye, siempre, una opción contraria a las determinaciones constitucionales. Pues traiciona la división de poderes y rompe la pretendida limitación del Estado en materia punitiva.

A la mayor parte de los problemas hermenéuticos se les puede salir al paso, se puede impedir que se planteen, si hay una utilización adecuada de los vocablos - cercana al uso popular de los mismos- en la construcción de los preceptos: el lenguaje es creación pero también cárcel, y los límites al *ius puniendi* del Estado, así como los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, exigen al Legislador penal el ser un estricto carcelero, impidiendo que las palabras definidoras de los modelos penales tengan margen alguno para “cumplir su pena en libertad”. Pero a ello se puede llegar más fácilmente si en el diseño mismo de los preceptos se toma la opción por el “lenguaje popular”, lo que permitirá, también, hacer llegar más fácilmente a los ciudadanos el sentido del mensaje normativo, lo que disminuirá los supuestos de error sobre la prohibición.

Por ello también en los estados en los que existen comunidades que no participan en sus relaciones ordinarias de la lengua mayoritaria que es aquella con la que generalmente se hacen las leyes, es obligado poner al alcance de los ciudadanos normas en su lengua de uso; y ello debe ser entendido no como una concesión o un “bello gesto”, sino con la conciencia de que únicamente de esa forma puede garantizarse la eficacia de la norma al tiempo que se respetan los derechos constitucionales de esas minorías. Es decir, estamos ante una exigencia democrática.

8. La generalidad como técnica tipificadora. Pero, además, los preceptos se debe redactar teniendo en cuenta que son normas generales, dirigidas a una pluralidad de sujetos, evitando el casuismo que únicamente es productor de lagunas que, posteriormente, el Legislador trata de “tapar” mediante otro precepto casuístico que, nuevamente, dejará supuestos fuera de la regulación. Laguna tras laguna no son infrecuentes los casos en los cuales las normas terminan ahogándose en un océano de incertidumbres.

Normas generales, pues, confeccionadas para abarcar una gran pluralidad de supuestos, y que por ello dan lugar a una Jurisprudencia viva, actualizadora constantemente de la norma sin exigir la modificación formal de la misma. Ello permite una mayor estabilización temporal del Ordenamiento y, al mismo tiempo, que la doctrina de los Tribunales no termine cada poco tiempo en la papelera del Legislador, convirtiendo en inútiles los preciosos, y generosos, esfuerzos que día tras día realizan nuestros Jueces, Magistrados y Fiscales.

Facilitar y facilitar tiene que ser la meta del Legislador, y para ello han de construirse los Códigos con una geografía fácil y una sistemática sencilla que permita al operador jurídico el navegar por ellos de forma relajada. Hay que evitar en lo posible los preceptos de párrafos interminables, repetitivos, que se “empeñan” en excepcionar continuamente la Parte General de los Códigos, y que son confeccionados al modo de las antiguas Recopilaciones de leyes y no en clave de codificación.

Generalidad, claridad, brevedad, limpieza, deben ser las palabras orientadoras de la labor del Legislador.

9. Claridad versus obscuridad. Por otra parte hay que tener en cuenta que preceptos oscuros se corresponden, generalmente, con una Justicia desigual y con un clima de inseguridad jurídica. En efecto, debe partirse de la idea de que en cualquier país los operadores jurídicos se cuentan por miles, y que diariamente se realizan decenas o centenares de miles de actos con sentido jurídico. Las normas jurídicas, así, no se dirigen únicamente a los administrados ni a los jueces (en la clásica distinción de norma primaria y secundaria) sino también a otros muchos

sujetos que la intermedian o la aplican: abogados, registradores, notarios, técnicos del Estado, autoridades, fiscales... Es decir, las normas integran supuestos que diariamente se evalúan por una multiplicidad de sujetos, y por ello las dificultades en su elaboración van a transmitirse al hacer de esa multiplicidad de operadores, con la consecuencia de una desigualdad en la aplicación de la misma y la previa de una gran inseguridad. ¡Cuántas veces distintos jueces ante un supuesto en todo similar han aplicado de forma diferente la norma, de manera que lo que pudiera parecer manifestación de independencia judicial pase a serlo de injusticia e iniquidad! Ante semejante situación ¿no es lógico que se produzca un gran descrédito normativo y que cada administrado concluya que no hay en realidad norma, que cada cuál aplica el Derecho que más le conviene?

Si el principio de igualdad es uno de los referentes constitucionales ineludibles, la norma jurídica tiene que procurar que se haga posible su realización, y para ello uno de los condicionantes es que el Legislativo proporcione a los operadores jurídicos un material normativo que facilite, que procure, una interpretación igual.

10. Peligros de las legislaciones anticuadas. La legislación, por otra parte, ha de ser una legislación actualizada, que responda con criterios de modernidad y de Justicia a los nuevos problemas, a los renovados conflictos que se plantean en la sociedad. De otra forma nos arriesgamos a que el Ordenamiento se vea complementado con toda una serie de “normas” procedentes de ámbitos que no están legitimados para su producción.

Es decir, cuando el Juez se enfrenta a leyes antiguas que, por esa misma razón, no infrecuentemente son injustas en su aplicación a una realidad cambiante, el operador jurídico se ve sometido a dos tensiones contrapuestas: optar por la legalidad y ser injusto, u optar por la Justicia material y, por ello, cometer una ilegalidad, una injusticia “en las Fuentes”. Generalmente tratará de encontrar salidas “imaginativas” al conflicto, como aplicar atenuantes forzando la ley, o “cerrar los ojos” a la concurrencia de elementos típicos, y con ello disminuir la pena en el primer caso o negar la existencia del delito en el segundo. Son formas, indirectas, de prescindir del Ordenamiento, de colocarse enfrente del mismo, de convertirse, el Juez, en Legislador. Pero se trata, además, de una conducta “que puede ir a más”, en los casos en que las “salidas imaginativas” no resuelvan el problema de Justicia material, pues en ese caso, no infrecuentemente, el Juez acudirá, en ocasiones, directamente, a la creación normativa, sin tapujos. Es decir: a prevaricar.

¿Podemos afirmar por ello que el Juez es un prevaricador en sentido propio, siendo así que cada uno de nosotros, desde el punto de vista de la Justicia, concordaríamos con su solución? Ciertamente no siempre. Pero, sin embargo, se ha separado de la Ley, dando lugar a una aplicación arbitraria, y con frecuencia desigual, del Ordenamiento Jurídico, lo que abre la “caja de Pandora”.

El problema, además, es que, dicen, al Juez le ocurre lo mismo que a los tigres: que una vez han probado sangre humana no pueden prescindir de ella, y solamente es ahí cuando se habla de “tigres asesinos”; fuera de esa situación jueces y tigres son, al parecer, animales relativamente pacíficos. Pues bien, el Juez, de la misma forma que ese animal, y una vez que ha probado la estupefaciente sensación de crear normas, reglas de conducta para los demás, difícilmente se sustraerá en el futuro a seguir creando Derecho. De esa forma la antigüedad del Ordenamiento creará tres problemas: uno el que se deriva de la vetustez misma de la legislación, dos de igualdad, tres el de “incorporar” a la creación de las normas a un agente no habilitado constitucionalmente para ello pero que pronto se hará un

adicto difícil de deshabituarse: será más fácil hacerlo con el adicto a los narcóticos que con el Juez convertido en Señor del Derecho general y particular, del que dicta la norma y la aplica. Este hecho, no hace falta insistir mucho en el subrayado, ha llevado, y lleva con frecuencia, a la creación de conflictos constitucionales (especialmente con algunas Salas de las Cortes Supremas) difícilmente solucionables.

11. Código penal frente a legislación especial. Se observa también en algunos casos cómo, especialmente, el Código Penal ha perdido autoridad, y cómo, asimismo, han proliferado fuentes diversas a las que debe acudir el Juez para dictar la norma particular que se plasma en la resolución judicial. En efecto, no en pocos supuestos los legisladores han decidido abandonar la idea decimonónica de Código que estaba presidida por la imagen de “universalidad”. Se trata de un abandono que seguramente vendrá avalado por algunas consecuencias positivas, pero que tiene inmediatos efectos negativos; y es que con la legislación especial al Legislador le resulta más fácil huir del sistema del Código y prescindir de los más elevados niveles de garantías que supone la legislación codificada, refugiándose en el mundo de la legislación especial en donde es más sencillo burlar los sistemas construidos para la protección del ciudadano. Es decir: el continuo acudir a la legislación especial suele traducirse en una voluntad de “cambiar las reglas del juego”, y convertir lo que debería constituir una excepción en modelo de comportamiento para sectores enteros del Ordenamiento, desde donde tales patrones terminarán emigrando al Derecho Penal común. Así lo que era excepcional se termina convirtiendo, con mucha frecuencia, en la norma.

El Principio de Legalidad se verá, en esa legislación, más fácilmente vulnerado, mediante el recurso a tipos indeterminados, abiertos, e, incluso, la alegación indisimulada a la analogía creadora, así como por el reconocimiento de un amplísimo, incluso excesivo, arbitrio judicial.

Por otra parte, y además de las consecuencias ya indicadas para el Principio de Legalidad, la decisión de orillar la técnica codificadora origina, entre otros, los siguientes problemas: 1ª) La opción por la legislación especial como sistema global resulta harto inconveniente, porque, precisamente, ha sido a través de esta legislación especial por donde, esencialmente, se ha producido la mayor hipertrofia del Ordenamiento penal. 2ª) El uso de la legislación especial supone también, generalmente, una modificación esencial en la técnica legislativa en relación con la seguida en la elaboración de los códigos. Efectivamente, estos últimos se caracterizan por el uso de cláusulas generales con pretensión de ser aplicadas a una multiplicidad de supuestos, y por ello el lenguaje empleado en la elaboración de los preceptos de los códigos se ajusta a aquella finalidad, tratándose, por lo tanto, de un lenguaje fácilmente integrable en los “códigos” ordinarios de la comunicación. En cambio, las leyes especiales son el reino de lo particular, de lo concreto: “los lenguajes de las leyes, múltiples y discordantes, prolijos y ambiguos, declamatorios y programáticos, hacen ahora imposible un lenguaje unitario..., del cual el intérprete pueda inferir criterios constantes y unívocos de lectura”. 3ª) Provoca un gran desorden en los marcos normativos, lo que es debido tanto a la ya citada hipertrofia legislativa como a las difíciles relaciones que se establecen en el interior del Ordenamiento penal entre el Código y las citadas leyes penales especiales. 4ª) El abuso de la legislación especial suele originar, también, una perversión del sistema de sanciones –por ejemplo, abuso de las penas cortas privativas de libertad-, y la creación de mecanismos peculiares de determinación de la pena.

12. Modernización del trabajo parlamentario. Una moderna ciencia de la legislación está revestida de requerimientos que la hacen especialmente idónea en

los procesos de armonización legislativa, precisamente porque su racionalidad en un proceso de integración regional facilita el llegar a acuerdos, a convenciones donde se una la voluntad de todos los implicados.

Sin embargo hay que tener en cuenta que con mucha frecuencia la práctica parlamentaria, el modo de desarrollarse el “trabajo parlamentario”, viene impidiendo la aplicación de una verdadera “ciencia de la legislación”, imponiendo las mayorías su criterio sin, en algunos casos, valoración, motivación y justificación alguna. En definitiva, el método impuesto en la práctica para la elaboración de la legislación penal –en el que se huye absolutamente del científico más rudimentario- convierte en muchas ocasiones en algo vacío, en papel mojado, el teórico control parlamentario que termina por no servir absolutamente para nada. Por ello parece imprescindible optar por el método científico en la construcción de las leyes, pues se trata de un método con el que es más fácil “encontrarse” con el ideal democrático dado su anclaje en el racionalismo.

En efecto, se trata de implantar un “modo de hacer” en el que la utilización de datos estadísticos, información sobre la efectividad de las incriminaciones y de los instrumentos extrapenales de prevención o tutela, de los medios alternativos de resolución de conflictos, etc., permita decidir ¿cuánto Derecho Penal?, y ¿qué Derecho Penal? hay que implantar. De esta forma, y como señala algún autor, el método científico se convierte en garante del democrático en la construcción de las leyes. Casi se podría decir que pasados tres siglos hay que continuar reivindicando las exigencias de los enciclopedistas en sus mismos términos: abrir las puertas y ventanas a la razón.

Este método tendría, además, una ventaja añadida: limitaría de alguna manera la utilización exclusiva, o casi exclusivamente, política-demagógica que, de cuando en cuando, se hace de la legislación penal, lo que se expresa especialmente en el Derecho penal simbólico, o en un Derecho penal tendente no a la mejor protección de los bienes jurídicos –con la menor afectación de derechos fundamentales- sino a la obtención de la aprobación entusiasta, del aplauso de determinados sectores, lo que pudiera implicar réditos electorales. El problema es que esta forma de hacer las leyes al servicio, en muchas ocasiones, de “extenuantes y discutibles compromisos políticos”, provoca un acelerado desprestigio de la norma como vehículo de defensa de las libertades.

Se trataría, en definitiva, de hacer llegar al mundo de la legislación la misma práctica que afectó, hace ya siglos, a la Jurisprudencia. En efecto, en nuestro Derecho histórico ya se contemplaba la obligación de motivar las resoluciones judiciales en numerosos supuestos; desde este punto de vista resulta llamativo que se considere que el Legislador puede ser, con la única limitación de la Constitución, todo lo arbitrario que quiera, todo lo despótico que desee, hasta el punto de que no esté obligado, ni siquiera, a explicar el por qué de sus resoluciones; y lo que resulta más alarmante –y choca con una tradición racionalista inaugurada hace ya unos siglos-, sus decisiones, sus opciones legislativas, pueden adoptarse marginando el método científico, lo que, obviamente, no resulta, de ninguna forma, admisible. El seguir manteniendo, a estas alturas de los tiempos, la absoluta libertad del Legislador, supone un anacronismo histórico fuera de cualquier justificación. Obviamente no va a resultar fácil imponer controles al Legislador en su actividad, pues nunca ha sido dócil el poder político a aceptar controles por más que haya sido en aras a la racionalidad jurídica, pero ello no significa, desde luego, que se deba renunciar a la tarea de racionalizar el sistema de producción de normas.

Pues bien, esa exigencia de motivación de las decisiones legislativas –que ya no resulta insólita en el mundo jurídico, más aún: en determinados ámbitos, como en el Derecho Comunitario europeo, es moneda común- llevaría consigo un profundísimo significado que tiene que ir más allá de una mera “verificación del cumplimiento de las formalidades competenciales y secuenciales previstas para la elaboración legislativa en la Constitución”. En efecto, la primera exigencia de la motivación consistiría en justificar –con la aportación de datos empíricos, doctrinales, etc.- el por qué de la necesidad de acudir al instrumento penal como técnica de tutela del interés de que se trate; abriéndose, así, la posibilidad de someter a enjuiciamiento el principio de *ultima ratio* de la ley penal. Esta perspectiva tiene una mayor justificación si se parte de una concepción unitaria de lo ilícito que haga comprender las reacciones del Ordenamiento como un *continuum* que comienza con los modelos menos traumáticos de reacción frente a la infracción tanto para el infractor como para la víctima, y finaliza con el uso del modelo penal de prevención/represión.

Una teoría general de lo ilícito, pues, del cual el penal sólo sería una parte, y que serviría para estudiar atentamente las relaciones entre los distintos medios de reacción frente a lo injusto. En este planteamiento, la exigencia de motivación de la legislación penal jugaría a favor de esa consideración unitaria de lo ilícito, del principio de subsidiariedad, y obligaría a emplear una metodología necesariamente interdisciplinaria, lo que enriquecería notablemente la discusión legislativa y autorizaría modelos de control constitucional que no se limitaran a una cuasi estéril comprobación de si la norma en concreto ha sido aprobada mediante el instrumento legislativo predispuesto en la Constitución, sino que podría entrar a valorar la corrección no de la opción legislativa en sí, sino de la utilización del concreto instrumento penal frente a otros posibles. El principio de subsidiariedad, así, se hace “justiciable”, y pasa de ser un mero ideal puesto en cuestión una y otra vez por decisiones arbitrarias del Legislativo a un referente de constitucionalidad de las leyes.

13. *Ultima ratio*. Se trata, pues, no únicamente de cómo se tipifican penalmente determinadas conductas sino si es preciso llevar al Código Penal ciertos comportamientos. Pues el éxito no está, necesariamente, de la mano de la mayor y más pesada sanción, dado que gravedad de la sanción y eficacia no están necesariamente unidas, más aun cuando existen márgenes altos de impunidad y de retraso en la Administración de Justicia. En este último sentido más vale en muchos supuestos una sanción administrativa o de Derecho privado pronta y contundente, que un largo proceso penal que termina, a veces, en sanciones ridículas o difíciles de ejecutar.

Permítaseme en este punto acudir a un buen ejemplo de lo que quiero decir, quizás el más afortunado de la legislación española de los últimos ocho años, y que constituye un verdadero referente mundial en la materia. Me refiero a un problema que resulta especialmente acuciante en nuestros países: los accidentes de tráfico con su secuela de muertos, heridos, incapacitados, daños, multimillonarias indemnizaciones y, paralelamente y como consecuencia de lo anterior, altos precios de las primas de los seguros. Pues bien, en el año 2001, en España, los muertos como consecuencia del tráfico vial fueron 5.517; en 2003 los accidentes de tráfico causaron 3.993 víctimas mortales; en el 2008 habían disminuido los muertos a 2.180; en el 2009 fueron 1897 las víctimas; en 2010 han sido 1730 las personas fallecidas, y para el 2017 las defunciones sólo han llegado a 1200 (hace casi sesenta años los muertos fueron 1479, siendo así que el parque de vehículos actualmente es de 32.000.000 frente al 1.000.000 del año 1960). ¿A qué se debe esta drástica disminución de los fallecidos a pesar del aumento del parque de vehículos? Sencillamente a una adecuada combinación de represión administrativa,

penal y tecnología, junto con una depurada gestión burocrática de las sanciones y una política preventiva apropiada. Insistimos en los resultados: de 5517 a 1200 muertos en dieciséis años. Muy sencillo, muy rentable...y muy rápida la obtención del éxito.

Desde luego este modelo punitivo no es aplicable en todos los casos, pues la importancia del bien jurídico protegido junto con la dinámica de la concreta figura no siempre lo permite al menos con la amplitud con que se ha aplicado a los accidentes de tráfico en España, pero es verdad que sí lo es en muchos ámbitos de la represión: es el caso del tráfico de armas, los ilícitos alimentarios o los urbanísticos.

14. La medida de la pena. En fin, no debe olvidarse que las diferentes conductas a regular no tienen, *per se*, una sanción penal ontológicamente asignada. La idea de que cada delito tiene una pena “naturalmente determinada” es radicalmente falsa, y por eso las teorías de la retribución no pueden señalar ningún límite a la extensión de las penas privativas de libertad. La pena, la medida de la pena, viene dada por diferentes factores como los que ahora se expondrán, y que dependen, como es obligatorio colegir de lo que se dice a continuación, del concreto Ordenamiento Jurídico nacional.

Pues bien, a la hora de elaborar pautas adecuadas para establecer criterios que permitan una correcta fijación de los marcos penales correspondientes a los distintos delitos –y respetando, como decía, la realidad plurinacional-, hay que tener en cuenta que nos enfrentamos a un problema referencial y valorativo. Referencial porque la vigencia del principio de proporcionalidad impone el establecimiento de una relación entre importancia del bien protegido y pena con la que se amenaza la conculcación de la conducta impuesta o prohibida. De forma tal que sería infringida la proporcionalidad tanto si, en general, se amenaza con mayor pena el ataque a un bien de menor importancia que la agresión a uno de mayor relieve, como si se castigara con penas distintas el acometimiento -con las precisiones que más tarde se efectuarán- a bienes de igual valor . Es decir: que una vez fijada la pena a imponer por el ataque al (o a los) bien (bienes) de referencia, las posibilidades de elección de pena en relación con otros bienes resultan seriamente mermadas. Pero el establecimiento de marcos penales de referencia no puede hacerse únicamente teniendo en cuenta la distinta importancia de los bienes constitucionalmente contemplados, ya que tal criterio sería marcadamente insuficiente -nos arrojaría, por ejemplo, a castigar con la misma sanción el homicidio doloso y el imprudente, la tentativa y el delito consumado-. Por ello es menester, además, acudir a otras pautas valorativas para fijar la sanción adecuada a cada conducta jurídico penalmente prevista.

El cuáles sean esas referencias va a venir determinado fundamentalmente por: Primero, criterios de proporcionalidad vinculados con la afectación del bien por la conducta desarrollada por el sujeto ; Segundo, la especial posición de éste en el seno del ordenamiento jurídico; Tercero, conclusiones derivadas del principio de fragmentariedad; Cuarto, dado que el Derecho penal no sanciona resultados sino conductas dirigidas a la causación de esos resultados, por las consecuencias derivadas de la confesada función motivacional de la norma penal; Quinto, el grado de participación en el delito; Sexto, planteamientos preventivo generales y especiales, y Séptimo, finalmente, por la peligrosidad del sujeto activo del delito.

15. El “control nacional” de los procesos de armonización. En todo caso volver a señalar que no hay que olvidar que el proceso armonizador debe ser conducido “desde dentro”. Es decir: son los países, y las instituciones de esos países, las que deben tomar los mandos del proceso, de otra forma el intento de

aproximación legislativo nacerá muerto. Ello exige que los operadores jurídicos de cada país “pongan sobre el tapete” los problemas, las soluciones, las lagunas de su propio Ordenamiento, y ellos mismos sugieran las soluciones y lleguen a los acuerdos necesarios con los otros países. En este sentido, los asesores exteriores a los países sólo pueden desempeñar, precisamente, ese papel: el de asesores, pues el necesario consenso es una iniciativa exclusiva de los países.

16. Elementos de diferenciación regional. En fin: todo ejercicio de armonización penal y procesal penal exige determinaciones previas en cuanto a la metodología, la técnica legislativa, los principios, la política criminal y las concretas opciones criminalizadoras; todo ello proyectado en una realidad plurinacional en la que a pesar de las grandes semejanzas culturales siguen persistiendo, lo que es enriquecedor, no pocas diferencias y peculiaridades. Sin una adecuada combinación de todos estos factores cualquier esfuerzo armonizador está condenado al fracaso.

17. Soberanía y democracia. He dicho más atrás que una de las trabas existentes a una correcta y exitosa persecución penal proviene de un concepto trasnochado de soberanía. Esto ha sido puesto de manifiesto por muy diferentes instancias y por todas partes se levantan voces que claman por arrumbar tal concepto, pero sin sustituirle por otro que pueda seguir cumpliendo un esencial papel para la pervivencia de las funciones del Estado democrático, lo cual introduce un inquietante factor de incertidumbre para el desarrollo de las naciones. Y es que si bien es cierto que no se debe seguir manteniendo un concepto de soberanía anclado a las necesidades del siglo XIX, también lo es que los Estados no están sometidos a los mismos riesgos que en el siglo XIX.

Ciertamente debe tenerse en cuenta que a los Estados les acechan actualmente peligros muy distintos a los que les aguardaban hace uno o dos siglos: es decir, hoy existe el convencimiento general de que una armonización penal realizada Estado a Estado, o que una legislación comunitaria (centroamericana) llevada a cabo en el ámbito del organismo de integración de que se trate (en este caso del SICA), no pone en riesgo la soberanía nacional. Más aún, existe el convencimiento de que es precisa, indispensable, para los Estados (y no sólo para los pequeños) la creación de organismos de integración regional para defenderse, para proteger a sus ciudadanos de los peligros que representa tanto el poderío de los grandes Estados como la incansable voracidad de las compañías multinacionales; y que es en ese contexto –“juntándose con otros”- donde mejor se puede defender la soberanía de los países.

En efecto, no pocas voces interesadas claman constantemente, y mientras se cubren con un “halo de modernidad”, por el olvido del concepto mismo de soberanía, que es lo mismo que por el olvido del Estado/Nación. El *desiderátum* de este “pensamiento” sería el de la abolición de todas las fronteras dejando así a los países en manos de las compañías comerciales más poderosas, de las grandes potencias que, no lo olvidemos, representan en la mayoría de las ocasiones los intereses de sus empresas más importantes antes que los de sus nacionales. Semejante planteamiento que lleva muchos años siendo invocado con diferentes coberturas como la de la libertad de comercio, la libre circulación de mercancías, la “tienda mundial”, termina en no pocas ocasiones con un despojo a los nacionales de los Estados menos poderosos de sus más preciados recursos naturales, de las valiosas materias primas que son sostén de sus economías. Control de materias primas o de recursos naturales de todo tipo que en no pocas ocasiones fueron objeto hace unos decenios de un costoso proceso de “reconquista nacional”, y que actualmente, en aras de la libertad de comercio, pretenden ser nuevamente

transferidas de manera definitiva en beneficio de poderosos grupos mercantiles o industriales internacionales.

Pues bien, qué duda cabe que en este ámbito es preciso rearmar el concepto de soberanía aunque con un contenido distinto al que resultó preponderante en los siglos XIX y XX; y que en ese escenario son los Parlamentos Nacionales quienes se constituyen en el primer y último reducto de la independencia y de la democracia de sus naciones.

Por lo tanto, sí a la actualización del concepto de soberanía pero no a su olvido porque resulta esencial para la preservación de la democracia económica de las naciones, que es condición de la democracia política. En ese ámbito, siendo los Parlamentos Nacionales los indispensables Guardianes de la democracia de los países, resulta necesario reforzar su papel, su intervención en los procesos de armonización tanto en los que se refiere a las necesarias modificaciones de las legislaciones nacionales como en la confección del indispensable Derecho Comunitario o Centroamericano. Así, la armonización legislativa, la integración regional, no debe verse como un reflejo de la globalización y de la pérdida de la identidad nacional, sino precisamente de su contrario: de una organización para la resistencia frente a un mundo más voraz con los pequeños actores nacionales.

Concluyo: una gran cantidad de agentes internacionales conspiran hoy en día por imponerse a las voluntades nacionales, desde las organizaciones criminales hasta las grandes instituciones financieras mundiales, desde las organizaciones militares hasta las instancias políticas supranacionales, desde las primeras potencias del primer mundo hasta las poderosísimas compañías mercantiles: todos ellos acechan constantemente a los Estados Nacionales y tratan de imponerse, con éxito en no pocas ocasiones, a la aludida voluntad del Estado/Nación. Pues bien, las organizaciones regionales representan, seguramente, el único instrumento de resistencia frente a estos embates, y ello por dos razones: porque las dichas organizaciones se expresan en el ámbito internacional, y porque es necesario acumular muchas fuerzas para poder presentar exitosamente la batalla.

Hoy las organizaciones criminales están en guerra con las Naciones, con los ciudadanos de los Estados y con la Democracia; y hace falta “mucho músculo” para poder derrotarlas. Fortaleza que no puede ser aportada por las solas fuerzas nacionales sino que únicamente la posibilitará la puesta de acuerdo y el caminar conjunto de las naciones. Ese es el sentido de la armonización legislativa en materia penal y procesal que se está llevando a cabo en Centroamérica de la mano del SICA.

Recomendación bibliográfica

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., dir. (2009), *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2009), *Sobre el principio de legalidad*, Valencia.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; PÉREZ MACHIO, A.I. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. dir. (2013) *Armonización penal en Europa*, Donostia.

DELMAS-MARTY, M.; PIETH, M. y SIEBER, U. dir. (2009), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia.

DONINI, M. (2004), *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano.

FIANDACA, G. (2002), “La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale” y “Controllo di razionalità e legislaciones penales”, en *Il Diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid.

GUANATERME SÁNCHEZ-LÁZARO, F. (2007), *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Granada.

HENKEL, H. (1968), *Introducción a la filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid.

MUÑOZ CONDE, F. (1975), *Introducción al Derecho penal*, Barcelona.

NAUCKE, W. (2000), “La Progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada.

NAUCKE, W. (2006), *Derecho penal. Una introducción*, trad. de la 10ª ed. alemana por Leonardo Garman Brond, Buenos Aires.

PALAZZO, F. (2005), “La política legislativa y los controles de la Ley en Italia”, en J.L. DÍEZ RIPOLLÉS y otros (ed.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia.

PULITANÒ, D. (2005), “Principio di legalità ed interpretazione della legge penale”, en G. COCCO (ed.), *Interpretazione e precedente giudiziale in Diritto Penale*, Padova.

RUBIO LLORENTE, F. (1997), *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid.

VV.AA. (2013), *Propuesta de armonización de la legislación penal en la lucha contra el crimen organizado en Centroamérica*, Valencia.

Servicios de ocio y derecho humano al bienestar*

Leisure services and human right to well-being

Maria Cimmino

Università degli studi di Napoli Parthenope

maria.cimmino@uniparthenope.it

Recibido / received: 14/02/2017

Aceptado / accepted: 19/09/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4155>

Resumen

A la luz de los estudios académicos que consideran el desarrollo como un proceso no solo estrictamente económico y en el marco de el enfoque de las opciones y de las capacidades atento a los indicadores sociales de bienestar, como salud y ocio, este artículo entiende reflexionar, desde una perspectiva legal, sobre la relación entre estos indicadores, con especial atención a la calidad de las prestaciones de servicios de ocio, basados en la práctica de actividad física y el deporte que según la OMS, mejora el estado de salud y la calidad de vida de las personas.

Palabras clave

Desarrollo humano, bienestar, derecho a la salud, servicios de ocio, estándar de calidad, regulación profesional.

Abstract

In the light of recent results showed in the national and international research about the human development, and according to the capability approach theory, the work aims to study the legal relationship between the indicators of the well-being, in particular in order to the quality of the leisure time services.

Keywords

Well-being, right to health, leisure, quality standard, professional regulation.

* Progetto di ricerca 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.

La traducción de este trabajo se debe a Julián Gaviria Mira.



SUMARIO. 1. Introducción. Delimitación del tema de investigación. 2. El bienestar como bien jurídico protegido a la luz de la evolución del concepto de salud y de la doctrina del desarrollo humano. 3. Indicadores de bienestar servicios de ocio. El régimen de las actividades de prestación de servicios a través del interés general y la reglamentación de las profesiones. 4. El derecho de los usuarios del servicio a la calidad de las prestaciones. 5. La calidad de la prestación de servicios de ocio según el modelo de la autorregulación normalizada: una mirada al ordenamiento jurídico italiano. 6. Observaciones *de iure condendo*.

1. Introducción. Delimitación del tema de investigación

El bienestar de la persona humana se presenta cada vez más como un tema interdisciplinario, susceptible de ubicarse en los más amplios y extensos debates como el relativo al denominado mejoramiento humano (Palazzani L., 2015; Pérez Triviño J.L., 2015: 193-209; Bellever Capella V., 2012: 82-93; Bostrom-Savulescu N., 2009) y al desarrollo humano (Musella M., 2014; Stiglitz J. y Fitoussi J.P., 2010; Bedoya Abella C.L., 2010: 277-288; Sen A., 1999; Nussbaum M. y Sen A., 1993), particularmente atento a todas aquellas aspiraciones y necesidades de la persona humana, cuya plena realización parece depender no sólo de la disponibilidad de bienes materiales y del acceso a la riqueza, sino también de las así llamadas capacidades del ser humano y de las oportunidades a este reservadas al interior de la sociedad.

En este sentido, corresponde un papel activo a las instituciones nacionales y supranacionales, llamadas a tomar decisiones políticas y legislativas de desarrollo que puedan explicar los efectos positivos y perceptibles en el nivel del bienestar individual y social, para lo cual se hace necesario un continuo y complejo monitoreo, a través de indicadores para medir elecciones en virtud de modelos de análisis específicos que tenga en cuenta elementos adicionales al ingreso, como los aspectos ambientales y sociales.

En 1965 se crea el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, dentro del cual, a partir de 1990, se establece el llamado Informe sobre Desarrollo Humano que, gracias al aporte de ilustres científicos, propuso un nuevo enfoque al estudio del problema (Sen A., 1985; Nussbaum M. y Sen A., 1993) centrado en el análisis de tres aspectos fundamentales (conocimiento, longevidad y nivel aceptable y digno de vida) que debían tenerse en cuenta en la elaboración de un indicador especial (IDH) que midiese la calidad de vida de una persona con base en una combinación de varios modos de “ser y hacer” (funcionamientos) y su libertad de elegir entre estos modos (capacidades).

Del mismo modo, el informe elaborado en el marco europeo en febrero de 2008 por la Comisión Stiglitz – Sen – Fitoussi para definir la medida de bienestar, junto a condiciones de vida material (renta, riqueza, consumo) ha indicado también otros factores como la salud y el tiempo libre, así como las actividades personales y las relaciones sociales (Stiglitz J. y Fitoussi J.P., 2010).

En el 2011 la OCDE elaboró, en el marco del Forum promovido sobre “Better Policies for better lives”, el “Better Life Index”, que contiene una serie de indicadores para la medición de la calidad de vida que van de la salud y la educación al medio ambiente y la seguridad.

Estas reconstrucciones han sido después confirmadas en Italia por el proyecto Istat–Cnel para la medición del “Bienestar Equitativo y Sostenible” (BES) el cual, entre otras cosas, contempla también la calidad de los servicios entre los 12 aspectos del bienestar.

El debate sobre el desarrollo humano y sobre la búsqueda y promoción del bienestar amerita una reflexión también desde el punto de vista del derecho.

En particular, considerando el bienestar como una aspiración humana susceptible de protección en sentido jurídico, en el marco de la tutela de los derechos de la personalidad y los derechos humanos y teniendo en cuenta los diversos modelos teóricos de los paradigmas propuestos para su valoración, el trabajo pretende insistir en la relevancia jurídica de algunos indicadores del bienestar como la salud, el tiempo libre y la calidad de los servicios, en particular sobre la regulación de los servicios sociales y de tiempo libre que, en el Estado, forman una categoría siempre más amplia y abierta (Franzoni F. y Anconelli M., 2014; Gabordi F., 2009; Toniolo Piva, 2005), abarcando no sólo servicios sociales sanitarios, sino todos los servicios al ciudadano que desarrollan en el territorio para el armonioso desarrollo de la personalidad como individuo o como miembro de las formaciones sociales.

En este caso se quiere fijar la atención sobre las características de la regulación sobre calidad de las prestaciones otorgadas en instalaciones en las que en el tiempo libre se practica actividad física y motora orientada al “bienestar”, a la luz de las orientaciones del legislador y de la jurisprudencia comunitaria, cada vez más inclinadas a una equiparación entre servicios y profesiones, entendidas como actividades económicas, así como la legislación sobre la protección del consumidor que reconoce el derecho a la calidad de los servicios, presuponiendo una noción unitaria de éstos últimos sean esto públicos o privados.

El análisis mostrará cómo la promoción de la calidad de los servicios en sentido amplio se encuentra entre las acciones que las instituciones están llamadas implementar y/o incentivar, no sólo para garantizar la misma salud y la seguridad los usuarios por motivo de interés general, sino también una efectiva realización de aquello que es una necesidad humana fundamental de la cual depende la autodeterminación y la autorrealización del individuo y el mejoramiento de la calidad de vida.

En lo que respecta al derecho, el principio de subsidiariedad horizontal se erige en principio de legitimación de la iniciativa ciudadana en vista de la realización de este objetivo.

2. El bienestar como bien jurídico protegido a la luz de la evolución del concepto de salud y de la doctrina del desarrollo humano

El concepto de bienestar se presenta como esquivo al intérprete, resultando difícil, de hecho, encontrar una definición expresa y directa en el derecho positivo. No obstante, cuando se intenta hacerlo recaer, como bien jurídico, sobre el paraguas de la garantía constitucional, un primer fundamento puede ser hallado en la tutela del derecho a la salud el cual, no sólo en el ordenamiento italiano¹, sino también otros ordenamientos de la Unión (como el español²) recibe una protección en la Carta

¹ La Constitución italiana protege el derecho a la salud en el Artículo 32, según el cual la República protege la salud como derecho fundamental del individuo y como interés de la colectividad, y garantiza tratamiento a los más necesitados.

² En el ordenamiento español, la protección de la salud se encuentra contemplada en el Artículo 43 que reconoce el derecho a la protección de la salud. Por común interpretación de la doctrina (Pemán Gavín

fundamental y viene reconstruido (Lema Añón C., 2014: 3-16; Salcedo Hernández J.R., Andreu Martínez M.B., Fernández Campos J.A, 2013; Minni F. y Morrone A., 2013: 1-13; Pemán Gavín J.M., 2008: 29-62; Cavas Martínez F.E. y Sánchez Triguero C., 2005: 401-418; Aparicio Tovar J., 2002: 1553 -1566; Ferrara R., 1997: 513 ss.), como situación jurídica compleja de relevancia tanto desde el punto de vistas del derecho privado como público, sea como derecho social o como derecho de prestación destinado a asegurar la protección y tutela incluso a nuevos intereses relacionados con la evolución de la sociedad y de las costumbres.

Desde este punto de vista, aquello que aparecía como un bien jurídico definido de manera puramente negativa (en relación a la condición clínica del individuo), ha recibido una connotación en sentido positivo gracias a la declaración de Alma-Ata, que ya no lo define como ausencia de enfermedad sino más bien (y precisamente) como un estado de bienestar psicofísico que por sí mismo constituye un objetivo perseguido no sólo por el individuo, sino también por las instituciones, tanto como para hacer pensar no en un derecho a la salud, sino en un derecho a estar saludable y, por lo tanto, como “derecho a lograr la mejor condición de salud que sea posible”, según una aproximación que sea global y biopsicosocial (Zucconi A. y Howell P., 2015; Benavides F.G., 2011: 91-93).

La garantía constitucional del derecho a la salud entendido como situación de bienestar general del individuo asegura, además, que el ordenamiento jurídico tutele aquello que es una necesidad humana, elevándolo al rango de derecho fundamental e irrenunciable instrumental al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación.

Esto se explica porque, por ejemplo, en el ordenamiento italiano doctrina (Ferrara R., 1997: 513-538) desde una visión restrictiva de la tutela a la salud como mera cuestión de orden público y después de la elaboración teórica del derecho público social de prestación al final de los años setenta del pasado siglo, gracias al precioso aporte creativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³, se ha llegado al plena reconocimiento del derecho humano fundamental a la salud, encuadrándolo en la categoría de los derechos inviolables de conformidad con el Artículo 2 de la Constitución⁴ (Barbera A., 1989).

En definitiva, la evolución del pensamiento jurídico (Minni F. y Morrone A., 2013: 1-13; Ferrando G., 2012: 1-29; Durante V., 2011: 579-600; Morana D., 2015; Bessone M. y Roppo E., 1975: 3-9) ha llevado a aceptar que el tema de la salud no se rige exclusivamente por el principio de solidaridad social que encuentra su fundamento en la igualdad⁵, sino también en el principio de libertad del desarrollo de

J., 2008: 29-62), la relevancia del bien salud como bien de rango fundamental se desprende también de otras disposiciones constitucionales como la establecida en el Artículo 10 acerca de la protección de la dignidad humana y el 15 que protege la integridad física. De igual forma deben recordarse las normas relativas a los derechos de las personas con discapacidad (Artículo 49) y sobre servicios sociales (Artículo 50).

³ Véase la Sentencia 88/1979 del Tribunal Constitucional italiano, en la cual se establece que la salud es “un derecho individual fundamental, primario y absoluto, que se incluye entre aquellas posiciones sujetas a la directa tutela de la Constitución.

⁴ De acuerdo con la norma según la cual “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables de hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales en las cuales se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social”.

⁵ Según el cual todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política o de condiciones personales o sociales.

Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, al limitar de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País.

la personalidad, para los cuales la salud es un bien primario de la persona, pues es a través de pleno disfrute de y el concreto ejercicio de este derecho que la personalidad del individuo se desarrolla en las formaciones sociales en las cuales el hombre vive y, en este sentido, este es ejercicio de libertad y autodeterminación (Morandini D., 2012: 89-125; Pinna A., 2006: 589-610)⁶.

Por lo demás, en homenaje al llamado principio de primacía de la persona (Chiarella M.L., 2013: 7-30; Perlingieri P., 2005; Pino G., 2003: 237-274), los derechos inviolables son medio de la autorrealización personal y autodeterminación individual y la persona es ella misma un “valor en devenir”⁷, cuyo libre desarrollo se debe entender como una tarea a realizar y no sólo como un algo dado que debe ser respetado.

Es bajo este último aspecto que se entiende la naturaleza dinámica del derecho a la salud cuyo contenido no se puede identificar a priori de una vez y para siempre, pues este está ligado a evolución de la sociedad, de las costumbres y del progreso científico y tecnológico y es funcionalmente dependiente de una serie de factores y de “determinantes” que no se reducen a la esfera personal, sino también a la social y relacional de la vida humana.

En este sentido, el bienestar constituye un objetivo⁸ susceptible de continuo mejoramiento, pero se requiere para tal fin la elaboración de paradigmas y modelos de evaluación, lo que dificulta su “medición”.

Reconstruido de esta manera en términos de su relevancia jurídica, en estrecha relación con la tutela del libre desarrollo de la personalidad, de actuar a través de la remoción de los obstáculos socioeconómicos que impiden el desarrollo armónico del individuo y, por tanto, en estrecha correlación con la protección y promoción de los derechos humanos fundamentales (Bobbio N., 2014; Sandoval Vásquez A.F., 2011: 101-114; García García E., 1999: 131-163; Rivas P., 1999: 105-120), el concepto de bienestar se muestra más cercano así como más coherente con la literatura de la perspectiva del desarrollo humano (Sen A., 1999; Nussbaum M. y Sen A., 1993), el cual estudia el bienestar teniendo en cuenta, más que los indicadores económicos relativos al ingreso, a la “utilidad” relacionada con el grado de felicidad o la satisfacción vinculada a determinados factores, la “capacidad” de conseguir los llamados “funcionamientos valiosos”.

En particular, las capacidades se entienden como oportunidades que el sujeto puede tener en relación con condiciones externas, mientras los funcionamientos representan los resultados del individuo en el plano físico e intelectual y de los cuales dependen el bienestar real del individuo y su calidad social de vida.

La persona queda situada de este modo en el centro de la organización social, correspondiendo a las instituciones la tarea de ponerlo en condiciones de desarrollar esas libertades instrumentales, por ejemplo, con el disfrute del tiempo libre, en el

⁶ Este concepto surgió históricamente en el campo del derecho internacional y entró en el debate jurídico del derecho privado en el campo de la bioética, si bien se entiende como un “concepto transversal”, común a las “diversas ramas de la experiencia jurídica”, Morandini D., 2012: 89-25.

⁷ En la jurisprudencia una de las primeras referencias a la autodeterminación se encuentra en los primeros pronunciamientos que afirmaban la relevancia constitucional del derecho a la intimidad, ver Cass. 20 aprile 1963 n. 990, in Gius. civ., 1963, I, 1280, con notas de Sgroi V., *Il diritto alla riservatezza di nuovo in Cassazione*.

⁸ La “Carta de Ottawa” de 1986 expresamente declara: “La salud se percibe pues, no como el objetivo, sino como la fuente de riqueza de la vida cotidiana[...]. Por consiguiente, dado que el concepto de salud como bienestar trasciende la idea de formas de vida sanas, la promoción de la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario”.

ejercicio de las cuales cada persona tendrá oportunidad de encontrar las oportunidades y de alcanzar determinados niveles de calidad de vida.

3. Indicadores de bienestar y servicios de ocio. El régimen de las actividades de prestación de servicios a través del interés general y la reglamentación de las profesiones.

Bajo este aspecto la reciente Estrategia para la actividad física de la OMS 2016-2020⁹ dirigida a promover los llamados estilos de vida activos, evidencia una estrecha correlación entre la salud entendida como bienestar físico, mental y social, y el tiempo libre, en particular en lo referido a todas las actividades que pueden ser practicadas fuera del tiempo de trabajo o que se reconocen como útiles para el mejoramiento de la calidad de vida.

Entre estas se encuentra la actividad física, a la cual hoy una vasta literatura especializada (Cuenca Cabeza M., 2014: 21-41; Martínez De Haro V. y Munoa Blas J., 2013; Casaius J. A. y Russo G., 2013; Russo G., 2011; Vicente-Rodríguez G., 2011; Buono P. y Franco S., 2009; Bottari C., Niccolai R. y Pacifico G., 2008; Hernando Sanz A., 2006: 453-464; Pérez Samaniego, V. y Devisdevis, J., 2003: 69-74) le reconoce los beneficios sobre el estado de salud no sólo en lo referido a los fines de rehabilitación o prevención, sino también y precisamente en relación con sus efectos en el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida y, por lo tanto, independiente de cualquier condición patológica.

Se debe también tener en cuenta que dentro del ordenamiento deportivo institucionalizado existen entidades especializadas que tiene como fin institucional la promoción del llamado deporte para todos, de tal manera que se reconocen las ventajas de la práctica no competitiva de la actividad deportiva, tanto en lo que se refiere a la condición psicofísica del individuo, como en lo atinente a otros aspectos importantes como la inclusión y la integración social (Sanino M. y Verde F., 2015).

Se ha dado también un incremento a partir de las últimas décadas del siglo pasado de las prácticas físico-recreativas y deportivas que han recogido la evolución del concepto de gimnasio, el cual también en el lenguaje común está ligado a la idea de lugar para el cuidado de sí, del propio cuerpo, para el disfrute del tiempo libre y la satisfacción de la propia necesidad de estar bien y en forma (Sassatelli, 2000).

Es ahora generalmente reconocido, además, que el sedentarismo constituye una de las primeras causas de patologías importantes y que la promoción de la actividad física y motora es en tal sentido un instrumento para la reducción de los gastos en salud al igual que para la sana educación.

No obstante esto, los servicios conexos a la práctica de la actividad física y motora no reconducibles a aquellos socio-sanitarios en sentido estricto, no resultan calificados en el derecho positivo como servicios públicos, a pesar de jugar éstos un papel importante en el mejoramiento de la salud, especialmente cuando se trata de un ejercicio físico estructurado y tienen, de hecho, una relevancia en el marco de los

⁹ Basta pensar, a modo de ejemplo, en la promoción del buen estado físico, definido por la dall'EHFA (*European Health & Fitness Association*) como "un estado dinámico de bienestar físico, psicológico y social resultado de la práctica de una actividad motora adecuada a las capacidades, posibilidades y exigencias-preferencias de cada individuo que asume la responsabilidad de su propia salud" y que, siendo de baja intensidad, no es una actividad deportiva.

servicios sociales para la persona, que se constituyen ellos mismo en una categoría cada vez más extensa y en desarrollo (Bottari, 2010; Franzoni F., Anconelli M., 2014; Gaboardi F., 2009).

Desde este punto de vista, la política de la Unión¹⁰ que promueven la calidad de los servicios sociales y de interés general muestra una falta de claridad, como se desprende de la Comunicación de la Comisión Europea COM (2011) 900 al Parlamento concerniente a las “*reglas de calidad para los servicios de interés general*” sobre la delimitación exacta de la categoría, que no está mejor definida y, por el contrario, se considera necesario reelaborarla y ampliarla, teniendo en cuenta, si se requiere, la necesidad de desarrollar servicios innovadores de interés general, capaces de generar crecimiento y nuevos puesto de trabajo.

A pesar de esto no puede vedarse la posibilidad de reflexionar acerca de la relevancia en términos de protección del interés general de los servicios orientados al bienestar a través de la práctica de la actividad física, teniendo también en cuenta que, al implicar bienes primarios de la persona, estos exigen competencias especiales que deben estar basadas en *leges artis ad hoc* para garantizar la seguridad y la integridad psicofísica del usuario, del otro lado leva a considerar que a falta de una expresa cualificación en términos de relevancia pública, estos están sujetos al régimen privado *tout court* como si fuesen servicios empresariales.

A este respecto, también debe señalarse que las dudas e incertidumbres con respecto a su finalidad y naturaleza jurídica están, en algunos casos, alimentadas por la demora que algunos ordenamientos han mostrado en el reconocimiento del perfil profesional de los operadores del sector y en relación con la regulación del ejercicio de la actividad que realizan, debido a la dificultad de establecer con certeza una clara división de competencias entre el Estado y las Regiones, así como la relación entre la regulación de las profesiones y la regulación de la competencia (Blando F., 2012: 77-92; Espartero Casado G. y Palomar Olmeda A., 2011).

Particularmente significativo para la cuestión es el ordenamiento español, en el que algunas de las comunidades autónomas han tomado medidas para regular el ámbito del reconocimiento de los profesionales y el establecimiento de la cualificación profesional (Gambau y Pinasa V., 2011: 13-36)¹¹. Esto, sin embargo, no ha servido para evitar el surgimiento de nuevas preguntas. Por ejemplo, en relación con la Ley 6/2016, de 24 de noviembre, que regula el ejercicio de las profesiones del deporte en la Comunidad de Madrid, se planteó un requerimiento de garantía de la unidad de mercado ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, órgano del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, llamado a verificar el cumplimiento de la LGUM - Ley 20/2013, de 9 de diciembre, debido a la posibilidad de que, al vincular el ejercicio de ciertas profesiones a la posesión de algunos títulos, la ley autonómica puede ir en contra de la libertad de establecimiento de los

¹⁰ Si, de hecho, se considera el “Informe Monti” sobre “estrategias para el mercado único” según el cual “la estandarización es la piedra angular de gobernanza del mercado único”, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el “Futuro de la Normalización en Europa” que sostiene la “importancia la normalización en apoyo de la legislación y de las políticas públicas” es la citada Directiva de Servicios, la cual solicita a los Estados miembros adoptar medidas destinadas a alentar a los prestadores a garantizar, de manera voluntaria, la calidad de los servicios. Véase

“ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010”.

¹¹ Aunque se carece de una ley nacional, algunas de las Comunidades Autónomas, como Andalucía (Ley 5/2016), Cataluña (Ley 3/08), Extremadura y La Rioja (Ley 15/2015) y Madrid (Ley 6/16) han legislado sobre el tema estableciendo formalmente las profesiones del deporte tales como las de Profesor de Educación Física, Preparador Físico, Director Deportivo, Entrenador Deportivo, Monitor Deportivo Especialista en Acondicionamiento Físico o Especialista en Actividad Física Recreativa, así como las de Carácter Formativo.

trabajadores y el libre ejercicio de la profesión consagrado en la Constitución española¹².

En el ordenamiento legal italiano, por el contrario, subsiste una regulación fragmentaria. Actualmente se encuentra una legislación a escala regional que ha abordado el problema de manera parcial y bastante tímida. Sobre el tema se puede señalar la Ley regional núm. 18 de 25 de noviembre de 2013, de la Región de Campania, Ley marco regional sobre medidas para la promoción y desarrollo de la práctica deportiva y las actividades motoras-recreativas-educativas¹³, la cual ha dedicado un capítulo especial a la cualificación y formación de los operadores, reconociendo como tales a los instructores, preparadores físicos y especialistas en actividad motriz para el bienestar. Se espera que el instructor se encuentre presente obligatoriamente en los centros públicos y privados donde se practiquen actividades deportivas¹⁴ y motoras y para todas las figuras mencionadas se prevé una actualización profesional.

No se ha hecho ninguna referencia al establecimiento de registros o listas, ya que es una cuestión de competencia estatal, así como una cuestión de derecho civil.

Estos son temas centrales de un nutrido debate alimentado por el derecho derivado de la Unión Europea, que ha puesto en riesgo la regulación reservada a los derechos nacionales sobre las profesiones intelectuales, en particular aquellas protegidas en cuanto establecidas en regulaciones especiales y distintas de aquellas llamadas no protegidas, para los cuales se tendía a negar el requisito de tener una naturaleza intelectual (Mazzù C., 2010; Salomone, 2010; Cordoba Azcarate E., 2013: 30; Gianfrancesco E. y Rivosecchi G. 2009: 1-24; Ticozzi M., 2007).

En el derecho comunitario, de hecho, el derecho de las profesiones se está convirtiendo cada vez más en una categoría amplia, capaz de incluir en ella una variedad de tipologías en la que se hace uso, como es típico en la legislación europea, de una terminología no unívoca y poco inclinada a la calificación formal en sentido estricto y a la sistematización conceptual, como en los casos de las profesiones libres, las profesiones reguladas, las profesiones liberales y las profesiones intelectuales que, aunque son caracterizadas por sus aspectos comunes, son inadecuadas para identificar un perfil unitario.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "Papel y futuro de las profesiones liberales en la sociedad civil europea del 2020"¹⁵ 2014 / C 226/02, ancla, en efecto, el concepto de profesión a criterios sustanciales y no formales, y destaca la íntima conexión con el mercado de servicios.

El documento reconoce que el concepto de "profesión liberal" es reconducible al de *artes liberales*, vinculado al tipo de actividad realizada y caracterizada por la prestación, a título personal e independiente y bajo la propia responsabilidad, de un servicio inmaterial de alto valor, así como del papel que juegan la confianza y las normas y principios deontológicos. Se trata de todas aquellas actividades "practicadas de modo personal, responsable y profesionalmente independiente, sobre la base de

¹² Las conclusiones del órgano ministerial se pueden encontrar en la página web oficial www.mineco.gob.es

¹³ In BURC n. 67 del 26 noviembre 2013.

¹⁴ Excepto por las actividades y eventos organizados dentro del sistema deportivo institucionalizado, es decir, Federaciones, organismos deportivos y similares, a quienes corresponde y se les atribuye la responsabilidad respectiva.

¹⁵ En *Diario Oficial de la Unión Europea* del 16 de julio de 2014.

la cualificación profesional, ejercidas por aquellos que proveen servicios intelectuales y conceptuales en interés de los clientes y del público".

En términos generales, la expresión más amplia es aquella vinculada al uso del adjetivo regulado, con el que se refiere a las normas nacionales que prevén títulos de formación, diplomas y otros certificados que acreditan la posesión de cualificaciones profesionales, mientras aquellas que en el ordenamiento italiano, según los arts. 2229 c.c. y ss., son consideradas profesiones protegidas, esto es, caracterizadas por el carácter intelectual del trabajo, son definidas como liberales, a las cuales se les exige un alto nivel de cualificación y que se encuentren sujetas a una regulación profesional especial.

Sin embargo, el asunto sigue siendo incierto. Muestra de esto es el hecho de que esta terminología no es usada de manera inequívoca, como lo muestra el caso español, en el cual las profesiones liberales son aquellas que, según el Artículo 35 de la Constitución, no requieren la posesión de títulos, mientras que las reguladas, pueden ser subdivididas entre profesiones tituladas, profesiones reguladas y profesiones colegidas, siendo las primeras equivalentes a las llamadas profesiones protegidas en el ordenamiento italiano (Gambau y Pinasa V.: 40).

4. El derecho de los usuarios del servicio a la calidad de las prestaciones

Si, en virtud a lo dispuesto en el art. 50 TCE (ahora art. 57 TFUE), "se consideran como servicios *las actividades desarrolladas por las profesiones liberales*"¹⁶, una óptica bajo la cual se busca estimular y salvaguardar la competencia, pero también proteger los derechos de los usuarios, parece adquirir una particular importancia la regulación de la calidad de los servicios, todavía más teniendo en cuenta que es susceptible de una aplicación extensiva sobre "cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado", no diferenciándose por lo tanto entre servicios públicos y servicios privados, entre servicios empresariales y servicios profesionales.

Esto parece ser confirmado por la directiva sobre el reconocimiento de las cualificaciones profesionales¹⁷, la cual prevé que sean los Estados miembros los llamados a adoptar medidas para promover el reconocimiento de la calidad de la prestación de los servicios (Rescigno M., 2014: 187-204; Golino C., 2011; Main O., 2005: 21-40), señalando, por lo demás, aquello que es un derecho específico establecido por el derecho del consumidor, como un derecho fundamental del consumidor-usuario¹⁸, (Lasarte Alvarez C., 2010; Gonzalez Moran L., 2007: 1155-

¹⁶ Este enfoque no ha sido acogido favorablemente por los ordenamientos nacionales, donde se reconoce la función de proteger los intereses sectoriales, así como los intereses generales desarrollados por las asociaciones.

¹⁷ Originalmente incluido en la Directiva 2005/36 transpuesta en Italia a través del Decreto Legislativo 206/2007, modificado por la Directiva 2013/55 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, transpuesta en Italia a través del Decreto Legislativo del 28 de enero de 2016 no. 15. Ésta exige a los Estados miembros tomar medidas para el reconocimiento de la calidad de las prestaciones,

¹⁸ Sobre el derecho del consumidor véase AA.VV., Codice del Consumo. Commentario, 2005. La Constitución española, la cual no sólo contempla una norma general de garantía del derecho a la salud (art. 43), sino que también invoca la protección de este interés fundamental del individuo y de la comunidad en el artículo 51 que está dedicado expresamente a la protección del consumidor. En un caso se parte de un acercamiento a la salud desde un punto de vista médico-asistencial, en el otro, se parte de un punto de vista que busca proteger a los ciudadanos de los riesgos que pueden afectar a la propia salud y seguridad de otras actividades humanas y no necesariamente de un estado de la enfermedad. En el derecho español, por otra parte, se encuentra vigente el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre relativo al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

1205; Alpa, 2005: 31-45; Bellisario E., 2005: 673-678; Quintela Goncalves M., 1986) con el fin de implementar una protección preventiva del derecho a la salud, con respecto a todos aquellos actos y comportamientos susceptibles ponerla en peligro.

Bajo este aspecto específico, no se puede negar que los servicios orientados al bienestar que provee la práctica de la actividad física requieren de la adopción de medidas y normas para garantizar la seguridad de los consumidores, no solo en relación con el equipo y los espacios dedicados, sino también en lo relativo a las prestaciones ofrecidas por los operadores.

Así que mientras que en lo relativo a los elementos materiales del servicio se puede considerar aplicar aquello que el derecho del consumidor ha delineado como un verdadero y propio (Bellisario E., 2011; De Bonis, 2005: 649) sistema de calidad basado en las certificaciones y que hoy comprende una normativa articulada basada en el nuevo enfoque y fruto de la colaboración entre legisladores y organismos de normalización, llamados a elaborar normas técnicas para la fabricación de productos que garanticen su seguridad, es, por otra parte, más difícil imaginar un sistema de calidad para los aspectos inmateriales del servicio, en particular los relacionados con la intervención de los profesionales.

De hecho, aunque el ámbito de aplicación del sistema de calidad es amplio, y dado que circulan en el mercado una serie de bienes y servicios combinados y, por lo tanto, bienes cada vez más asimilables a servicios y viceversa (Bellisario E., 2005: 1045-1085), se debe señalar que la medición de la calidad del servicio es un tema muy complejo, sobre todo si tiene que ver con la ejecución de una prestación intangible, que tiene un resultado inmaterial como lo es el mejoramiento del estado de salud.

La ciencia empresarial enseña, de hecho, que dos son las dimensiones de calidad, la calidad percibida, entendida como la *capacidad de un servicio para satisfacer expectativas expresas o implícitas* y la *gestión de calidad*, conocida como proceso de calidad, que permite a la organización proveer el servicio esperado y por lo tanto requiere la preparación de un modelo que contemple la parte física del servicio (ambiente y equipamiento relativo al personal). El proceso se implementa para mejorar la calidad percibida, es decir, en relación con la satisfacción de los usuarios.

Para confirmar esto, basta observar cómo en el caso de los servicios públicos se mantiene vigente una regulación especial, expresión de una particular atención en el nivel institucional nacional en lo referente al mejoramiento de la calidad de los servicios según estándares de calidad y eficiencia específicamente definidos, en razón del carácter de interés general del servicio prestado, hecho notar, entre otras cosas, mediante la adopción de cartas de servicios (Balduzzi R. y Carpani G., 2013; Ruiz Lopez J. y Cuellar Martin E., 2013: 1-19).

Existen, además, diversos modelos de evaluación: la certificación ISO 9000, la acreditación de excelencia, la verificación y revisión de calidad, la mejora continua, el *Total Quality Management*, la calidad total.

El legislador italiano (Balduzzi R. y Carpani G., 2013), en el marco del reparto de competencias entre Estado y autonomías, ha elegido para los servicios públicos la

y otras Leyes Complementarias, modificada por la Ley 3/2014 siguiendo la Directiva Europea 2011/83 sobre los derechos del consumidor.

llamada acreditación institucional, que se centra en la verificación de procedimientos burocráticos y la posesión de los requisitos mínimos.

La peculiaridad de este sistema radica en esto: a pesar de haber sido concebido como instrumento de control e incentivo de la calidad con miras a la liberalización y mejoramiento de la gobernanza de las estructuras, en realidad ha sido usado prevalentemente con fines de control y de regulación de la estructura de la oferta en materia sanitaria, así como de planificación a fin de la contención del gasto. De hecho, se ha privilegiado la exigencia de garantizar niveles adecuados de servicio en relación con las estructuras que operan dentro del sistema público. Si bien fue concebido para el aseguramiento de la calidad, la acreditación institucional ha estado dirigida a controlar y regular la estructura de la oferta en el sector de la salud, así como a la planificación con el fin de contener el gasto (Molaschi V., 2014: 675-682; Robotti E., 2004: 1048-1054).

A este modelo le ha sido agregado, en su momento por iniciativa de los legisladores regionales, el uso del modelo de acreditación profesional, que apunta a la excelencia, se basa en la participación de todos los operadores y está tendencialmente más abierto a la evaluación del contexto profesional del servicio y cuyo funcionamiento prevé el uso de compañías de certificación o la referencia a estándares reconocidos internacionalmente¹⁹.

Este sistema presta especial atención no sólo a los procesos y a los resultados del mismo, sino también a la promoción de la calidad profesional, según un modelo de autorregulación de la industria de la salud muy cercano al de evaluación de calidad propugnado por la legislación del consumidor y capaz de complementar el régimen ordinario de las profesiones intelectuales protegidas, basado en el carácter personal de los servicios intelectuales como lógica consecuencia de la competencia adquirida y de los deberes de regulación y representación de las asociaciones profesionales²⁰.

5. La calidad de la prestación de servicios de ocio según el modelo de la autorregulación normalizada: una mirada al ordenamiento jurídico italiano

De lo dicho hasta ahora se desprende que si bien en la literatura se reconoce la relevancia de los servicios orientados al bienestar, en el nivel normativo la regulación parece fragmentaria, desordenada, cuando no plagada de lagunas, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de las profesiones de los operadores del sector, con la respectiva consecuencia de que no es fácil identificar, de acuerdo con el derecho, los instrumentos y la normativa aplicable para proteger la

¹⁹ En particular, a nivel internacional la OMS ha reconocido la calidad de Centro Colaborador a la *Joint Commission International*, una organización sin ánimo de lucro con sede en Dublín, que acredita la estructura sanitaria sobre la base de la verificación inicial y periódica de niveles de calidad predefinidos y estándares de prestación predeterminados. Esto confirma que la actividad de certificación privada está destinada a adquirir una importancia cada vez mayor, desde una óptica de competencia y regulación de la integración entre mercados. Con respecto al ordenamiento italiano, l.r. Molise 24 de junio de 2008, n. 18, que prevé la acreditación "entendida como reconocimiento internacional de la aplicación de las mejores prácticas organizativas y técnicas disponibles, implementadas por estructuras sanitarias públicas y privadas".

²⁰ Como señaló el Consejo de Estado italiano en el Dictamen 448/2001 "contiene un principio de profesionalidad específica. Éste requiere que el ejercicio de actividades profesionales dirigidas al público se base en conocimientos suficientemente detallados, paralelo a un sistema de controles preventivos y sucesivos de tales conocimientos, para proteger la confianza de la comunidad en relación con la capacidad de profesionales cuyos servicios tienen efectos específicos sobre los valores fundamentales de las personas: salud, seguridad, derechos de defensa, etc.

salud de los consumidores, teniendo en cuenta que se trata de actividades que, al involucrar a seres humanos, deben ser gestionadas con total seguridad.

En este punto, por lo tanto, es oportuno preguntarse si es posible aplicar el sistema de calidad existente en el derecho del consumidor al momento de garantizar la calidad de los servicios y su seguridad, o si éste sólo sirve para señalar la calidad de algunos aspectos del servicio, en particular de aquellos ambientales, relativos a la infraestructura y a los equipos suministrados, o es de alguna manera también útil en lo relativo a aspectos vinculados a la dimensión de los servicios profesionales, teniendo en cuenta tanto la falta de una regulación orgánica de las profesiones, así como el hecho de que, dado que no están reconocidos como servicios de interés general, también carecen de un sistema obligatorio de evaluación de la calidad.

De acuerdo con la noción establecida en el derecho del consumidor, (Bellisario E., 2011; Zei A., 2008; Mari L., 1994: 1-17), tomada de la ciencia económica, la calidad no se entiende como una idea abstracta y subjetiva de la calidad o valor de un bien, sino más bien, de una manera más objetiva, como el grado en el que un conjunto de características intrínsecas satisface los requisitos de un producto o proceso y que se puede medir a través de la verificación de la conformidad con un estándar²¹.

En realidad, el estándar (entendido como regla) lo encontramos usado en diversos contextos, donde la estandarización se concibe como una aplicación voluntaria de criterios elaborados en el contexto de una colaboración voluntaria entre partes interesadas (usuarios, consumidores, proveedores) basada sobre el criterio de transparencia y consentimiento.

Aunque no es obligatorio, los estándares han mostrado ser relevantes y de gran utilidad para el mercado y para las empresas comerciales, con el fin de corregir las asimetrías en la información entre la oferta y la demanda. Estos fueron elaborados no por casualidad por iniciativa de la industria, pero luego adquirieron "ciudadanía" también en el ordenamiento jurídico gracias a la llamada estrategia del nuevo enfoque comunitario (Bellisario, 2011).

Ésta última, a través del mecanismo de reenvío, ha permitido, por un lado, descargar al legislador de tener que definir y actualizar en detalle las características de los bienes y servicios en términos de calidad y seguridad y, por otro, a través del sistema de certificaciones de calidad que acrediten que el producto o servicio tiene el nivel de seguridad y calidad indicado por las normas (estándares) para garantizar la comercialización del producto en condiciones que no pongan en riesgo los intereses de los consumidores.

Una confirmación en esta dirección parece provenir en Italia de la ley n. 4 de 2013 "Disposiciones sobre profesiones no organizadas" (Genovese A., 2013: 301-318) relativa a la categoría de "profesiones no organizadas en asociaciones o colegios" definida como la actividad económica, así como organizada, destinada a la prestación de servicios a favor de terceros, ejercida habitual y prevalentemente a través del trabajo intelectual o, en cualquier caso, con el concurso de este, con la

²¹ La correspondiente definición, fruto de la llamada actividad de los organismos de normalización, se encuentra contenida en la norma UNI EN ISO 9000: 2005 base del derecho del consumidor de origen comunitario, que sirve para garantizar a los mercados y a los usuarios que ciertos bienes y servicios responden al mismo estándar de calidad y que el producto/servicio final cumple con los requisitos exigidos para una buena calidad de los mismos, lo que se entiende en relación con las exigencias del cliente-usuario. En particular, los estudios sobre la calidad de los servicios en el sector de la salud.

exclusión de actividades reservadas por ley a personas registradas en registros o listas como las previstas en el art. 2229 del Código Civil italiano.

La ley, al tiempo que reconoce a estas profesiones las características propias de las profesiones intelectuales, como la autonomía, la independencia de juicio intelectual y técnico, la libertad de ejercicio (sea en forma individual, en asociación, en sociedad o en forma de trabajo dependiente), promueve la autorregulación voluntaria normalizada, conservando la norma técnica emitida por un organismo de normalización externo la tarea de establecer los requisitos, las habilidades y la modalidad de ejercicio de la actividad y de comunicación con el usuario.

Como consecuencia, parece posible admitir que la calidad técnica del servicio profesional se basa en la conformidad de los mismos con la "normativa técnica UNI"²² (que debe estar avalada por organismos de certificación específicos acreditados para este fin²³), pudiendo adquirir en tales términos relevancia como parámetro de evaluación de la calidad de la prestación del servicio, contribuyendo a especificar en detalle las *leges artis* del campo.

Lo que se ha dicho hasta ahora adquiere particular interés pues la Ley n. 4 de 2013, considera entre las profesiones no reguladas también la figura del quinesiólogo, el cual es un profesional del bienestar en calidad de experto en el movimiento humano activo, en el ámbito deportivo, socioeducativo y socio-sanitarios, confirmando y explicitando un estrecho vínculo entre la calidad de los servicios y la calificación profesional de los proveedores, demandándose al organismo de normalización la elaboración del estándar para establecer los requisitos de conocimiento, habilidades y competencia²⁴.

Se debe destacar, sin embargo, que el debate sobre estas figuras profesionales sigue abierto (y lo muestra, en Italia, la intensa actividad legislativa en el Parlamento²⁵), no sólo con respecto a la variedad de profesiones a identificar, sino

²² Véase la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y de Consejo, del 22 de junio de 1998 y sobre la base de la línea guía CEN 14 del 2010.

²³ De acuerdo con la perspectiva utilizada por el legislador italiano, sin embargo, al permanecer el ejercicio de estas profesiones como libre, la cualificación profesional de acuerdo con el cumplimiento de las normas técnicas es voluntaria y no obligatoria. Esto se confirma por el hecho de que la ley establece la posibilidad de constituir asociaciones profesionales tanto para el ejercicio de la actividad como para verificar y controlar periódicamente el respeto de las normas estándar por parte de los miembros.

²⁴ Para los quinesiólogos, la Comisión UNI "Actividades profesionales no reguladas" ha elaborado la norma técnica UNI 11475 "Actividades profesionales no reglamentadas - Profesiones relacionadas con el campo de las ciencias motrices (quinesiólogos) - Requisitos de conocimientos, habilidades y competencias. En su articulación, la Comisión incluye diversas instancias de representación, tanto sujetos del mundo de las actividades profesionales no reguladas, como representantes de las PYME y sindicatos de trabajadores, organizaciones de consumidores y representantes de las diversas categorías profesionales.

²⁵ Baste recordar la presentación de varios proyectos de ley, cuyos trabajos preparatorios evidencian que la cuestión acerca de someter a las profesiones del sector a una regulación legal de tipo asociativo, o al de las profesiones autorreguladas, no es una controversia resuelta, incluso en lo relativo a los posibles problemas de coordinación que los proyectos de ley en discusión podrían plantear con la mencionada Ley n. 4/2013. Y esto también se ha dicho en relación con la tipificación de una serie de nuevas profesiones que requiere el mercado, como las relacionadas con los servicios recreativos y de esparcimiento, que prevén la práctica no competitiva de la actividad física. El proyecto de ley Sbrolini et al. sobre "Medidas para la promoción de la educación y la cultura deportiva, para apoyar el entrenamiento de estudiantes atletas y para el reconocimiento de las profesiones relacionadas con el deporte y la actividad física" que tiene como objetivo, entre otros, el de profesionalizar la figura del educador deportivo, en su art. 2 prevé las tareas de conducción y evaluación de la actividad física, deportiva y de acondicionamiento físico individual y de grupo para todas las edades, sean de carácter educativo, recreativo o deportivo, así como la actividad de entrenamiento y preparación física y atlética en el deporte aficionado y profesional. El proyecto de ley Abrignani 2914 por el que se establecen normas que regulan las profesiones relacionadas con la actividad física, perfila la figura del profesional de la

también con respecto a la posible relevancia pública de la materia, debido a la vinculación con el interés general de las actividades destinadas al cuidado de las personas (Gambau y Pinasa V., 2009: 30-46; Sanza Larruga J., 1999: 105-128), aspecto este que justificaría la reconducción de la materia al llamado "ordenamiento civil", que por reconstrucción jurisprudencial y doctrinal (Giova S., 2008, Lamarque E., 2005) ha sido considerado objeto de atribución exclusiva al legislador estatal, situándose, por otra parte, en la base de los modelos asociativos de regulación de la práctica profesional.

La citada ley, en todo caso, ha modificado el ordenamiento jurídico al introducir el llamado "segundo pilar", el cual, en el ámbito de la organización y de la regulación de las profesiones, gira en torno a las asociaciones profesionales y se inspira en una lógica de confrontación y competencia que, para funcionar (así como ocurre en el mercado de servicios *tout court*) necesita estándares de calidad y sistemas de verificación de la satisfacción de los requisitos.

Las asociaciones tienen la tarea de mejorar los conocimientos de los asociados, colaborar en la elaboración de normas técnicas por parte instituciones independientes, difundir entre los miembros el respeto por las reglas, fomentar una contratación transparente en interés de los derechos fundamentales de los consumidores al dar certezas que permitan reducir las asimetrías de información (Rende F., 2012: 185-218), asegurar el consumo consciente de los servicios profesionales y estimular, a través del mecanismo de control, un funcionamiento competitivo del mercado de servicios para finalmente promover una elevando el nivel de calidad de lo mismo.

6. Observaciones *de iure condendo*

En definitiva, se puede observar que si se acepta un concepto dinámico de salud, según el cual se debe promover ésta mirando el bienestar psicofísico del individuo y si éste mismo se identifica cada vez más con dimensiones de carácter social y relacional, y teniendo en cuenta que en la actualidad la literatura atribuye gran relevancia a los indicadores relativos a la actividad que el individuo realiza en el ejercicio de su libertad de autodeterminación y que son útiles para el mejoramiento de la calidad de vida, como de la actividad física que se practica disfrutando de estructuras adecuadas, es necesario entonces vigilar la mejora continua de todos esos servicios, las profesiones y los servicios conectados a ellos, incluso si se trata de servicios que sólo *de iure condendo* pueden considerarse de interés general e, incluso, si son actividades laborales que no hacen siempre referencia a un estatus profesional en el sentido tradicional del término y para los cuales, bajo este aspecto, puede jugar un papel importante la iniciativa voluntaria de autorregulación.

Actualmente, parece ser ésta la herramienta que se debe promover, en ausencia de una regulación orgánica, la cultura de la calidad y por hacer efectivo un derecho que, sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos, considerándolos como consumidores y usuarios, el derecho a la calidad. Asimismo, parece que este último puede a su vez ser considerado un instrumento eficaz que permite al individuo alcanzar aquellos que, según el enfoque de las capacidades, son funcionamientos valiosos, esto es, mejores estilos de vida, presentándose de esta

actividad física -el quinesiólogo- para identificar las competencias correspondientes remitiendo expresamente a la norma técnica UNI 11475.

manera un posible diálogo entre diversas teorías y diversos modelos de análisis del bienestar.

Desde el punto de vista jurídico, esta reconstrucción parece estar respaldada por el principio de subsidiariedad horizontal (Olivi M., 2013: 479-507; Magnani C., 2001: 1-19; Staiano S., 2006: 1-29; Miranda Boto JM., 2003: 111-138, Sanza Larruga F.J., 1999: 105-128)²⁶ que ha sido constitucionalizado en Italia en el Artículo 118 de la Carta, con el fin de permitir que individuos o asociados actúen en favor del interés general, convirtiéndose en una parte activa de la sociedad en el contexto de una distribución de tareas que implica el uso del instrumento en que se constituye la autorregulación basada en el asociacionismo²⁷.

La constitucionalización de este principio da cuenta, de hecho, del papel activo que los ciudadanos están llamados a desempeñar en términos de participación en las decisiones y acciones relativas al cuidado de intereses de importancia social para contribuir al mejoramiento de la capacidad de las instituciones para dar respuestas más eficaces a las necesidades de las personas y para la satisfacción de los derechos sociales que la Constitución nos reconoce y garantiza.

Se perfila así la idea de un derecho de cuidado de naturaleza social, del cual el ciudadano es titular no sólo título de un interés personal, sino también del interés de la colectividad y, en este sentido, la promoción de la calidad de los servicios, en cuanto orientada al mejoramiento del estado de salud (y, por tanto, del bienestar) depende también de la iniciativa privada de acuerdo con la idea de un nuevo modelo de ciudadanía activa y autodeterminación responsable.

Bibliografía

G. ALPA y L. ROSSI CARLEO, (a cura di), (2005), *Codice del Consumo*. Commentario, ESI, Napoli.

ALPA G., (2005), "Art. 2 I diritti dei consumatori", in AA. VV., *Codice del consumo*. Commentario, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, ESI, 31-45.

²⁶ El principio de subsidiariedad horizontal surge así como un principio rector de un sistema en el cual la normatividad privada se inserta en la normatividad estatal y se relaciona con la supranacional, de modo que los sujetos privados también colaboran en la implementación de los fines de interés general. Cabe asimismo señalar que el principio de subsidiariedad horizontal, al tiempo que atribuye al sector privado la competencia en asuntos de interés general en el ejercicio de sus poderes de autonomía, fija simultáneamente los límites de esta competencia, al establecer que el Estado, en sus diversas articulaciones, puede y debe intervenir legítimamente cuando la autorregulación de los individuos privados no sea en realidad adecuada para lograr una protección completa y equilibrada de todos los intereses en juego.

²⁷ Así que en la regulación de las profesiones se entrelazan diferentes niveles de competencia, así como tareas públicas y roles de actores privados, con el resultado de que se propone un sistema multinivel de fuentes heterónomas y autónomas fruto de la autorregulación y corregulación, como expresiones de autonomía privada. El dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea de 22 de abril de 2015 reconoce que en muchos sectores la autorregulación y la corregulación, es decir, la capacidad de elaborar normas de derecho por parte de los mismos destinatarios, son consideradas instrumentos complementarios y suplementarios respecto a la heterorreglamentación, indispensable para asegurar una regulación adecuada de las diferentes actividades económicas y sociales, haciendo referencia a los servicios de interés general y los derechos del consumidor. Hasta la fecha, tales instrumentos encuentran su legitimidad en el nivel europeo. De hecho, con el acuerdo interinstitucional de 2003, el llamado "Legislar mejor", en el que intervinieron el Parlamento, el Consejo y la Comisión, la Unión ha previsto también el uso de métodos "alternativos" de regulación, corregulación y autorregulación considerados "expresión de una nueva cultura legislativa".

APARICIO TOVAR J., (2002), “El derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria”, in *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 1553-1566.

BALDUZZI R. y CARPANI G., (2012), *Manuale di Diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna.

BARBERA A., (1989), “Comento all’art. 2”, in *Comm. cost. Branca, Zanichelli*, Bologna-Roma.

BEDOYA ABELLA C.L., (2010), “Amartya Sen y el desarrollo humano, in *Memorias*, 8, pp. 277-288.

BELLELLI A., (2014), Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Vol I, a cura di M. Nuzzo, Giappichelli, Torino.

BELLEVER CAPELLA V., (2012), “El debate sobre el mejoramiento humano y la dignidad humana. Una crítica a Nick Bostrom”, in *Teoría y derecho*, 11, 82-93.

BELLISARIO E., (2014), “I codici delle professioni e dell’impresa nel quadro del principio di sussidiarietà”, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Vol I, a cura di M. Nuzzo, Giappichelli, Torino.

BELLISARIO E., (2011), *Certificazione di qualità e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino.

BELLISARIO E., (2005), “Note introduttive”, in G. Alpa e L. Rossi Carleo, (a cura di), (2005), *Codice del Consumo*. Commentario, ESI, Napoli, pp. 673-678.

BELLISARIO E., (2005), “Lo stralcio delle disposizioni sulle certificazioni di qualità dal codice del consumo: un’occasione perduta”, in *Europa e diritto privato*, pp. 1045-1085.

BENAVIDES F.G., (2011), “Salud pública y seguridad social, dos componentes básicos del estado del bienestar”, in *Gaceta sanitaria*, 2, pp. 91-93.

BESSONE M., ROPPO E., (1975), “Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito”, in *Giurisprudenza di merito*, pp.3-9.

BLANDO F., (2012), “Le professioni sportive tra principi costituzionali e comunitari”, in *Rivista della Facoltà di Scienze Motorie dell’Università de gli studi di Palermo*, 2012, pp. 77-92.

BOSTROM N. y SAVULESCU J., (2009), *Human Enhancement*, Oxford University Press, Oxford.

BOTTARI C., P. RUBBI, (a cura di), (2010), *Progettare il benessere. Una storia che viene da lontano: dall’Istituto per l’Educazione*, Fisica alla facoltà di Scienze Motorie, Bononia University Press, Bologna.

BOTTARI C., NICCOLAI R., PACIFICO G., (2008), “Sport e sanità”, *Quaderni di diritto delle attività motorie e sportive*, Bononia University Press, Bologna.

BUONO P., FRANCO S., 2009, (a cura di), *Attività fisica per la salute*, Idelson Gnocchi, Napoli.

CASAIUS J. A., VICENTE-RODRIGUEZ G., (2011), *Ejercicio físico y salud en poblaciones especiales*, Externet, Consejo Superior del Deporte”, Madrid.

CANTELLI F., (2015), “L’Italia e gli standard di qualità”, in *Rivista di cultura e politica scientifica*, 1, pp. 1-9.

CAVAS MARTINEZ F.E y SANCHEZ TRIGUERO C., (2005), “La protección de la salud en la Constitución Europea”, in *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, n.57, pp. 401-418.

CHIARELLA M.L., (2013), “La persona umana nell’ordinamento giuridico”, in AA.VV., *I diritti della personalità*, Padova, CEDAM, pp. 7-30.

CORDOBA AZCARATE E., (2013), “Regulación del acceso a las profesiones liberales: perspectivas nacionales”, in *Profesiones*, 6.

CUENCA CABEZA, M., (2014), “Aproximación al ocio valioso”, in *Revista Brasileira de Estudos do Lazer*. Belo Horizonte, v. 1, n.1, pp.21-41.

DURANTE V., (2011), “La salute come diritto della persona”, in AA.VV., *Trattato di Biodiritto*, Milano, Giuffrè, pp. 579-600.

ESPARTERO CASADO G y PALOMAR OLMEDA A, (2011), *Titulaciones y regulación del ejercicio profesional en el deporte: bases y perspectivas*, Dykinson, Madrid.

FERRANDO G., (2012), “Diritto alla salute ed autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione”, in *Politica del diritto*, 1-3, pp.1-29.

FERRARA, (1997), “Salute (diritto alla)”, in *Digesto Disc. Pubbl.*, UTET, Torino, XIII, pp. 513 -538.

FRANZONI F. y ANCONELLI M., (2014), *La rete dei servizi alla persona. Dalla normativa all’organizzazione*, Carocci Faber, Roma.

GABOARDI F., (2009), *Il diritto amministrativo dei servizi sociali*, Carocci Faber, Roma.

GAMBAU Y PINASA V, (2011), “Deporte y empleo en España: dificultades de estudios y de intervención”, in *Revista universitaria de Educación Física y Deporte*, 3, pp. 13-36.

GAMBAU Y PINASA V, (2009), “Hacia la regulación de las profesiones del deporte en España”, in *Revista universitaria de Educación Física y Deporte*, pp. 39-46.

GARCIA E., (1999), “Derechos humanos y calidad de vida”, en *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*, Tecnos, Madrid, pp. 131-163.

GENOVESE A., (2013), “Il nuovo statuto delle professioni non regolamentate. Prime note sulla legge 14 gennaio 2013, n. 4”, in *Rivista di diritto privato*, 2, pp. 301-318.

GIANFRANCESCO E. RIVOSECCHI G., (2009), “La disciplina delle professioni tra Costituzione italiana ed ordinamento europeo”, in *Amministrazione in cammino*, pp. 1-24.

GOLINO C., (2011), *Gli ordini ed i collegi professionali nel mercato*, CEDAM, Padova.

GONZALEZ MORAN L., (2007), “El derecho a la salud y a la seguridad de los consumidores”, en García García L.M. y De León Arce A., (dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1155-1205.

HERNANDO SANZ A., (2006), “Calidad de vida, educación física y salud”, in *Revista española de pedagogía*, 3, pp. 453-464.

LASARTE ALVAREZ C., (2010), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid.

LEMA AÑÓN C., (2014), “La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?”, in *Revista de bioética y derecho*, n. 31, pp. 3-16.

MAGNANI C., (2001), “Sussidiarietà e Costituzione, pluralismo e diritti”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 1-19.

MAIN O., (2005), “Libere professioni e concorrenza”, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 21-40.

MARI L., (1994), “La qualità è una caratteristica misurabile?”, in *Liuc Papers*, n. 9, 1-17.

MARTINEZ DE HARO V.- MUNOA BLAS J., (2010), *Actividad física, salud, y calidad de vida*, Fundación Estudiantes, Universidad Autónoma de Madrid y autores, Madrid.

MAZZÙ C., (2010), *La disciplina delle professioni nella transizione verso il mercato unico europeo*, Giappichelli, Torino.

MINNI F. y MORRONE A., (2013), “Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Costituzionale”, in *Rivista AIC*, 3, pp. 1-13.

MIRANDA BOTO J.M., (2003), “El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social”, in *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, n. 47, pp. 111-138.

MOLASCHI V., (2014), “Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza”, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 675-682.

MORANA D., (2015), *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino.

MORANDINI D., (2012), “L'origine moderna del principio di autodeterminazione. Riflessioni critiche sul pensiero politico di John Locke”, in *Tigor*, Riv. sc. com., 2, 89-125.

MUSELLA M., (2014), *Verso una teoria economica dello sviluppo umano*, Maggioli, Rimini.

NUSSBAUM M. y SEN A., (1993), *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford 1993.

OLIVI M., (2013), “Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato”, in *Ricerche giuridiche*, 2, 479-507.

PALAZZANI L., (2015), *Il potenziamento umano, Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappichelli Torino.

PEMÁN GAVÍN J.M, (2008), “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, in *Derecho y salud* 16, pp. 29-62.

PÉREZ SAMANIEGO V. y DEVISDEVIS J., (2003)., “La promoción de la actividad física relacionada con la salud. La perspectiva de proceso y de resultado”, in *Revista Internacional de Medicina y Ciencias de la Actividad Física y del Deporte*, vol. 3 (10) pp. 69-74.

PÉREZ TRIVIÑO J.L., (2015), “Deportistas tecnológicamente modificados y los desafíos al deporte”, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2015, 3, 193-209.

PERLINGIERI P., (2005), *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, ESI, Napoli, 2005.

PINNA A., (2006), “Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale”, in *Contratto e impresa*, 3, pp. 589-610.

PINO G., (2003), “Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta giurisprudenza analitica”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, pp. 237-274.

QUINTELA GONCALVES M., (1986), *La protección de los consumidores y usuarios en la Constitución española de 1978*, Madrid, INC.

RENDE F., (2012), “Le regole di informazione nel diritto europeo dei contratti”, in *Riv. dir. civ.*, 2, pp. 185-218.

RESCIGNO M., (2014), ““Per scelta del legislatore”: professioni intellettuali, impresa e società”, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, pp. 187 ss.

RIVAS, P. (1999), “Notas sobre la dificultad de la doctrina de la ponderación de bienes”, en *Persona y derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones jurídicas y de derechos humanos*, 2, pp. 105-120.

ROBOTTI M., (2004), “Ssn e standard di qualificazione accreditamento dei servizi sanitari”, in *Contratti*, p. 1048-1054.

RUIZ LOPEZ J.- CUELLAR MARTIN E., (2013), “La gestión de la calidad en las Administraciones Públicas Españolas. Balances y perspectivas”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Segunda Época, n. 10, pp. 1-19.

RUSSO G., (2011), *La società della wellness. Corpi sportivi al traguardo della salute*, Milano, FrancoAngeli.

RUSSO G., (2013), *Questioni di ben-essere. Pratiche emergenti, sport, consumi*, Milano, FrancoAngeli.

SALCEDO HERNANDEZ J.R., (cur.), (2013), *Derecho y salud, Estudios de bioderecho*, Tirant Lo Blanch, Madrid.

SALOMONE R., (2010), *Le libere professioni intellettuali*, CEDAM, Padova.

- SANINO M., VERDE F., (2015), *Il diritto sportivo*, CEDAM, Padova-Vicenza.
- SASSATELLI, (2000), *Anatomia della palestra cultura commerciale e disciplina*, Il Mulino, Bologna.
- SANZA LARRUGA F.J., (1999), “Las competencias de Estado, Comunidades autónomas y corporaciones locales en materia sanitaria”, in *Lecciones de derecho sanitario*, pp. 105 -128.
- SEN A, (1999), *Development as freedom*, Oxford University Press, Oxford.
- SEN A, (1985), *Commodities and Capabilities*, Oxford University Press, Oxford.
- STAIANO S., (2006), “La sussidiarietà orizzontale”, in *Federalismi.it*, 5, pp. 1-29.
- TICOZZI M., (2007), *Autonomia contrattuale, professioni e concorrenza*, CEDAM, Padova.
- TONIOLO PIVA P., (2011), *I servizi alla persona*, Carocci Faber, Roma.
- ZEI A., (2008), *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Giuffrè, Milano.
- ZUCCONI A.-HOWELL P., (2015), *La promozione della salute. Un approccio globale per il benessere della persona e della società*, La Meridiana, Molfetta (BA).

Emociones, acción y excusas*

Emotions, action and excuses

María Laura Manrique

CONICET (Argentina)

laura.manrique@conicet.gov.ar

Recibido / received: 02/11/2017

Aceptado / accepted: 21/02/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4156>

Resumen

En este trabajo ofreceré un breve análisis *filosófico* de algunos aspectos centrales de las emociones, las excusas y su impacto en responsabilidad penal. En primer lugar, reconstruiré brevemente la discusión filosófica acerca de las emociones. En segundo lugar, expondré algunas de las normas que los códigos penales recogen sobre este tema. Por último, el objetivo central de este trabajo es mostrar que los diferentes fundamentos que se han esgrimido para justificar las excusas penales se reflejan, a su vez, en diferentes maneras de entender las emociones. Por ello, sostendré que no hay un desacuerdo genuino entre las diferentes familias de teorías que pretenden justificar las excusas y que ambas por si solas son insuficientes para dar cuenta de las excusas emocionales tal como las entendemos en nuestros sistemas jurídicos.

Palabras clave

Responsabilidad penal, excusas emocionales.

Abstract

In this paper I offer a philosophical analysis of some basic aspects of emotions, excuses and criminal responsibility. Firstly, I briefly discuss about emotions. Secondly, I outline some of the legal rules that our penal codes contain about emotions. Finally, the main issue of this paper is to show that the different grounds that have been used to justify criminal excuses are reflected, in turn, in the various ways of understanding emotions. For that reason, I argue that there is no genuine disagreement between the different families of theories that seek to justify excuses. In addition, these theories are insufficient to explain emotional excuses as we understand them in our legal systems.

Keywords

Criminal responsibility, emotional excuses.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Concepción de las emociones. 3. Emociones, razones y excusas: presentación del problema. 4. Concepciones mecanicistas de las excusas. 5. Una concepción dual de las excusas y las emociones. 5.1 La concepción kantiana y la capacidad de control. 5.2. La concepción humeana y la responsabilidad

* Agradezco los comentarios que hicieron a una versión anterior de este trabajo a: Iñigo Ortíz de Urbina, Pablo Navarro y los asistentes al congreso de filosofía práctica realizado en 2017 en SADAF. También fueron de gran utilidad los comentarios y sugerencias de dos evaluadores anónimos.

por el carácter. 5.3. Una alternativa a las concepciones mecanicistas.
Las excusas y el rol del agente. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Uno de los principios centrales del derecho penal contemporáneo es el *principio de culpabilidad*.¹ Entre otras consecuencias relevantes, éste exige que la responsabilidad penal sea impuesta únicamente como respuesta a las *acciones* de los sujetos. Esta concepción refleja, en gran medida, un compromiso con ciertos ideales morales que señalan que el castigo penal tiene que imponerse por las cosas que un individuo *hace* y no por los sucesos que escapan a su control. Aunque muchas veces sea difícil trazar claramente esta distinción hay casos paradigmáticos que sirven para ilustrar este compromiso. Por ejemplo, en una noticia que tuvo amplia repercusión, en el año 2003, un grupo médico encabezado por los doctores Swerdlow y Burns, en Virginia (USA), extirpó un tumor de gran tamaño a un paciente de cuarenta años. Como consecuencia inmediata, desaparecieron ciertos comportamientos pedófilos y obsesivos que el paciente había desarrollado previamente.² Un año después de la intervención, los trastornos del paciente reaparecieron y se pudo comprobar que el tumor también se había regenerado. Aunque en una descripción superficial de la situación es innegable que el agente elaboraba complejos planes para satisfacer sus deseos, en una reconstrucción más sofisticada parece indisputable que esas estrategias de conducta no eran autónomamente construidas por ese individuo. Por ello, en esas circunstancias, si se comprobase la relación causal entre la enfermedad y la conducta del paciente,³ no impondríamos un castigo penal por esos comportamientos. La razón para descartar el reproche es que aun cuando *en un cierto sentido*, el agente actuaba movido por sus deseos y creencias, esos impulsos y eventos le eran básicamente *ajenos*. En otras palabras, la conducta estaba, por decirlo de alguna manera, *mecánicamente* determinada por una red causal, que estaba más allá del control del agente.

Este reconocimiento de la diferencia práctica que supone el control parcial de la conducta sirve para articular otros interrogantes. Por ejemplo, ¿existen otras circunstancias que pueden asimilarse a esos eventos que mecánicamente impulsan nuestra conducta? ¿Es verdad que influyen esas circunstancias en el reproche penal? Ambas preguntas son centrales para una teoría completa y adecuada de la responsabilidad en el derecho penal y, sin duda alguna, ambas preguntas pueden ser respondidas afirmativamente. En especial, con frecuencia estamos dispuestos a revisar la atribución de responsabilidad en circunstancias en las que los agentes (*re*)accionan como consecuencia de un fuerte impacto *emocional*.

Las emociones han sido objeto de estudio en numerosas disciplinas. Solo a título de ejemplo puede mencionarse la filosofía (en diversas áreas e.g., filosofía moral, epistemología, filosofía del lenguaje, filosofía de la mente, filosofía de la acción o meta ética), biología, psicología, sociología, antropología, medicina o literatura entre muchas otras. Por esta razón, una revisión enciclopédica de las emociones es inútil e inabarcable. En este trabajo me concentraré en ofrecer a un breve análisis de ciertos aspectos de las emociones y las excusas, con la esperanza de arrojar alguna luz

¹ La bibliografía sobre el principio de culpabilidad es prácticamente inabarcable. Para un enfoque contemporáneo de amplia aceptación, véase: Jakobs, G., (1992), 'El principio de culpabilidad' en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XLV, pp. 1051-1083.

² Para una descripción completa de este caso, véase Swerdlow, J.M. y Burns, R.H., (2003), 'Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign' en *Archives of Neurology* 60, pp. 437-440.

³ El trabajo de Swerdlow y Burns no permite concluir que siempre que se produce una disfunción orbito frontal se desarrolla una conducta similar, pero muestra de manera concluyente la necesidad de tomar seriamente en cuenta esa relación causal.

sobre cuestiones específicas de responsabilidad penal. Con este propósito, me apoyaré en ciertos estudios desarrollados en el ámbito anglosajón.⁴ Allí, la interacción de diferentes disciplinas ha producido una voluminosa bibliografía sobre emociones y la teoría del derecho penal anglosajón no ha permanecido ajena a este desarrollo.⁵ Por ejemplo, los teóricos del derecho penal anglosajón han destacado (i) el papel que las reacciones emocionales de las víctimas y ciudadanos juegan al momento de censurar y castigar ciertos crímenes como también (ii) el modo en que las emociones determinan a un agente en la ejecución de una conducta disvaliosa. Ambas perspectivas, que podrían ser respectivamente denominadas como 'respuestas emocionales' y 'acciones emocionales', son de indudable relevancia, pero - como señala Víctor Tadros - 'no parece que pueda lograrse demasiado progreso en la determinación del alcance de la responsabilidad penal mediante la consideración de las emociones en el contexto del castigo. Eso sería poner la carreta delante de los caballos. La ira es apropiada, por ejemplo, frente a la injusticia. Pero no podemos resolver los límites de la justicia pensando acerca de en qué situaciones la ira es apropiada' (Tadros, 2004: 332). Por ello, en este trabajo no abordaré el primer grupo de cuestiones (e.g., las respuestas emocionales) y me limitaré a explorar la conexión entre *acciones emocionales* y la responsabilidad penal. Más aún, mi análisis se limitará específicamente al tema de las relaciones entre *excusas* y acciones emocionales.

La estructura de este trabajo es la siguiente. Luego de una breve reconstrucción de la discusión filosófica acerca de las emociones se expondrá algunas de las normas que los códigos penales recogen sobre este tema. Con ello en mente se reconstruirá la discusión acerca de las excusas, sobre todo, se hará hincapié en los diferentes fundamentos que justifican esta institución. Por último, intentaré mostrar que estos fundamentos se reflejan a su vez en diferentes maneras de entender las emociones. Sostendré, que no hay un desacuerdo genuino entre teorías y que ambas por sí solas son insuficientes para dar cuenta de las excusas emocionales.

2. Concepción de las emociones

Por 'acción emocional' entenderé una acción que está básicamente determinada por una o varias emociones específicas.⁶ En estas situaciones, las emociones son cruciales para explicar la conducta del agente. Así, damos cuenta de lo que hace un individuo que se arroja al vacío desde un tercer piso señalando que 'entró en pánico' ante un incendio desatado en su piso. O destacamos que un agente omitió su deber porque se 'encontraba paralizado por el miedo'. En otras palabras, en ciertas ocasiones el impacto emocional es tan intenso que el sujeto parece determinado únicamente por ciertos impulsos, sin que las razones (a favor y en contra de una cierta acción) desempeñen un papel relevante. En este sentido, esa acción emocional parece externamente determinada únicamente por factores causales que están más allá del control del agente. En otras palabras, las emociones serían

⁴ Un ejercicio similar podría hacerse con ciertas discusiones en dogmática penal continental. Sobre todo en la discusión sobre culpabilidad. Esta tarea queda pendiente para un trabajo futuro.

⁵ Véase, por ejemplo, Bandes, S., (ed.) (2001), *The Passion of Law*, New York University Press, New York and London; Schoeman, F., (ed.) (1987), *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge; Elster, J., (1999), *Alchemies of the Mind*, Cambridge University Press, Cambridge.

⁶ De manera similar, por 'actitud emocional' entenderé ciertas actitudes determinadas por una o varias emociones específicas. En el mismo sentido, por ejemplo, Uniacke, S., (2007), 'Emotional Excuses', *Law and Philosophy*, 2007, Vol. 26, p.97.

básicamente fenómenos *irracionales*. Esta intuición subyace a diversas familias de *teorías mecanicistas de las emociones* y se contraponen usualmente a enfoques que ponen el acento en la posibilidad de controlar racionalmente las emociones, i.e. *teorías cognitivo-evaluativas*.⁷ Para estas concepciones, las emociones sirven para configurar un *objeto* de intención en la conducta del agente y, en este sentido, ellas son razones para la acción. Por consiguiente, ellas son elementos relevantes en un esquema *teleológico* (no causal) de explicación de conductas.

Estas diferentes perspectivas de las emociones generan un conjunto de interrogantes centrales: ¿cuál es la manera correcta explicar las acciones emocionales?, ¿Son las emociones aptas para formar parte de un razonamiento práctico o, por el contrario, son elementos específicos de un mecanismo causal?, ¿Qué concepción tiene prioridad en la explicación de las acciones emocionales? En gran medida, la búsqueda de una respuesta adecuada a estos interrogantes ha centrado el interés de los filósofos y teóricos del derecho penal anglosajón. Estrechamente vinculadas a estas cuestiones aparecen, tanto en un nivel descriptivo como en un plano normativo, un conjunto de preguntas específicas. Por ejemplo: ¿de qué modo los jueces entienden las acciones emocionales al momento de resolver casos en los que las emociones juegan un papel central?, al disminuir la responsabilidad en casos de acciones emocionales, ¿están los jueces señalando que el individuo no pudo controlar su conducta o, por el contrario, afirman que, a la luz de las circunstancias y las emociones del caso, era razonable que se comportase de una cierta manera? ¿Es correcto el modo en que los jueces evalúan a las acciones emocionales? Estas preguntas sugieren que es necesario buscar una respuesta concluyente, es central encontrar la mejor posición explicativa o justificatoria de una teoría de las emociones respecto de las propuestas de sus rivales. En otro trabajo defendí que tanto las propuestas mecanicistas como los enfoques cognitivo evaluativos son necesarios para una explicación de las acciones emocionales.⁸ Aquí sostendré que sólo una vez que hayamos advertido esta dualidad de nuestras explicaciones, es posible abordar el papel que ambas concepciones juegan al momento de evaluar la conexión entre emociones y excusas en el derecho penal. En otras palabras, el objetivo central de este trabajo es mostrar que una concepción dualista de las emociones debe reflejarse en una justificación dualista de las emociones como excusas al momento de atribuir responsabilidad penal.

3. Emociones, razones y excusas: presentación del problema

⁷ Para una reconstrucción de las diferentes familias de teorías véase por ejemplo: González Lagier, D., (2009), *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Barcelona; Kahan D. y Nussbaum M., (1996), 'Two Conceptions of Emotions in Criminal Law', *Columbia Law Review*, Vol. 96, 2; Lyons, E., (1993), *Emoción*, Anthropos, Barcelona; Solomon, R., (2003), *What is an Emotion*, Oxford University Press, New York-Oxford.

⁸ La hipótesis general subyacente a este análisis es que existen analogías relevantes entre emociones, acciones y actividades. En particular, defendí que los aspectos internos y externos de las emociones guardan una importante semejanza con las dimensiones internas y externas de las acciones y ello genera la necesidad de elaborar una concepción dualista, que evite la reducción de los aspectos internos a meros mecanismos causales. El marco teórico general de este análisis son los estudios de acción intencional proporcionados por quienes defienden una explicación teleológica de la conducta. Ello significa que se asume que las acciones son eventos complejos que no pueden ser explicados causalmente, aun cuando fuese verdad que la explicación de los eventos externos (e.g., fisiológicos, neuronales, etc) que proporcionan la base fáctica indispensable. En otras palabras, las acciones y las emociones son algo más que fenómenos causalmente determinados. Para el desarrollo de este argumento, véase, Manrique, M. L., (2016), 'Impulsos y razones en el derecho penal – Hacia una teoría dualista de las emociones', *Doxa*, Alicante, Marcial Pons, Vol 39, pp. 289-304.

A pesar de que las teorías mecanicistas y la cognitivo - evaluativa parecen ser teorías rivales e incompatibles, en el derecho penal es usual asumir ambas conjuntamente, sin mayor discusión, acerca de su plausibilidad y compatibilidad. Por ejemplo, el código penal español (artículo 20.6) establece que: ‘Están exentos de responsabilidad criminal: 6. El que obre impulsado por miedo insuperable’. Ello parece mostrar un compromiso con una teoría mecanicista ya que para el código es relevante únicamente la fuerza abrumadora del miedo. Sin embargo, si la única conexión relevante entre acciones y emociones dependiese de la intensidad de nuestros impulsos, entonces no sería posible distinguir entre malas o buenas conductas emocionales. Indudablemente, desde una perspectiva fenomenológica, las emociones (buenas o malas) impulsan nuestra conducta y en ello se parecen a ‘fuerzas’ que el agente no puede controlar. Sin embargo, tanto en responsabilidad moral como en el derecho penal algunas emociones excusan la conducta de los agentes y otras no lo hacen. La diferencia, entonces, no puede radicar en el impulso que las emociones generan en nuestras acciones. De allí que las teorías mecanicistas parezcan imprescindibles, pero, al mismo tiempo, sean insuficientes para articular todas nuestras intuiciones acerca de la atribución de responsabilidad.⁹ Por esta razón, la dogmática y la jurisprudencia ha afinado los requisitos para aplicar la eximente. Por ejemplo, el Tribunal Supremo español (Auto: 548/2017) entiende la eximente, en general, como una causal de inexigibilidad de la conducta y establece:

...la estimación de esta eximente depende de la concurrencia de presupuestos fácticos y valorativos. En cuanto a los fácticos es un lugar común en nuestra Jurisprudencia señalar: a) La presencia de un mal que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; incluso inminente; c) Que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los hombres, huyendo de las situaciones extremas relativas a los casos de sujetos valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes; y d) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción (SSTS 86/2015 de 25 de febrero; 35/2015 de 29 de enero; 1046/2011 de 6 de octubre; 240/2016, de 29 de marzo).

El código penal español también establece como una atenuante (artículo 21.3) ‘La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante’. En Argentina el código penal establece en su artículo 81.1: ‘Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable’. Es decir, la

⁹ Esta tensión conceptual, i.e. acerca de los fundamentos para dar cuenta de las emociones, se refleja en profundas discrepancias en la literatura contemporánea. Por ejemplo, autores como Martha Nussbaum insisten en que las normas referentes a emociones son mejor interpretadas bajo la luz de las teorías cognitivas (Kahan, D. y Nussbaum M., (1996), *op. cit.*, p. 274). A su vez, Suzanne Uniacke (2007, *op. cit.*, p. 96) resalta los rasgos empíricos o mecánicos que deben ser tenidos en cuenta para aplicar ciertas normas referentes a emociones. Otros presentan una teoría integradora; por ejemplo, Daniel González Lagier (2009, *op. cit.*, p. 53 y ss) rescata tanto elementos de las teorías mecanicistas como elementos de las teorías cognitivas. En cierta medida, el principal problema parece surgir de la necesidad de escoger entre alguna versión de ambas concepciones. Incluso las teorías integradoras parecen asumir que sólo *una* teoría (la que resulta de la mejor combinación de elementos relevantes) es apta para dar cuenta del desafío de las emociones.

Por otra parte, la pregunta sobre el valor de las emociones es importante en muchos aspectos para atribuir responsabilidad. Por ejemplo, podríamos preguntarnos sobre si determinada emoción (e.g. el odio) es buena o mala. También podemos hacer la misma pregunta sobre la manifestación de esa emoción. Aunque ambas preguntas son importantes, en este trabajo me dedicaré a la segunda cuestión. Me centraré en la posibilidad de evaluar las *conductas* realizadas bajo cierta emoción (conducta emocional).

legislación argentina exige dos requisitos para aplicar esta atenuante. En primer lugar, que el agente esté en un estado de emoción violenta, y, en segundo lugar, que existan razones para que haya caído en ese estado. El artículo del código penal argentino, al referirse a que existen ciertas circunstancias que hacen 'excusable' la conducta del agente parece estar centrado no solo en el grado de la emoción sino en que hay razones que explican que nuestra respuesta emocional haya sido la que fue. Hay emociones adecuadas a ciertos tipos de estímulos. Un tema vinculado a esta vertiente de las excusas emocionales es por qué razón los códigos penales le dan cabida a ciertas emociones, en este caso la ira, y no a otras como la compasión que tienden a mostrar una mejor luz de la persona que la experimenta.¹⁰

Analizar las razones de por qué excusamos ciertas conductas emocionales nos sirve para aproximarnos a una reconstrucción adecuada de las emociones. Funciona como una especie de equilibrio reflexivo. En primer lugar, establecí que una teoría dual de las emociones reconstruye de mejor manera el papel que las emociones juegan en nuestra vida, en especial en la atribución de responsabilidad. Ahora, pretendo mostrar que analizar los fundamentos de las excusas (teniendo en mente las excusas emocionales) nos sirve para poner a prueba nuestra teoría de las emociones. Me centraré únicamente en las excusas porque si entendemos por qué excusamos *solo ciertas acciones* – dejando de lado otras relativamente similares – habremos ganado claridad acerca de cuál es el fundamento o la naturaleza de la responsabilidad misma (Moore, 2010: 548).

4. Concepciones mecanicistas de las excusas

Es común sostener, al menos en el derecho penal anglosajón, que existen dos maneras tradicionales de comprender las excusas. Las primeras, denominadas kantianas y las segundas, humeanas.¹¹ Mientras que estas últimas resaltan la relevancia del carácter de los agentes, las primeras afirman que el valor moral de mi acción depende de mi voluntad y no de los resultados o de las inclinaciones que haya poseído al momento de actuar (Duff, 1993: 346).

Ambas concepciones, sin embargo, son un eco de las concepciones mecanicistas ya que no se centran en las razones para la acción de los individuos sino en el modo en que las pasiones determinan causalmente la conducta. Estos enfoques ven en las excusas una eximente porque (i) el individuo perdió el control de la situación y sus decisiones no resultan en una acción genuina del agente, sino una suerte de *reacción* incontrolada (concepción kantiana), o bien, porque (ii) el agente se ver forzado a realizar una acción impropia de su naturaleza; su conducta resulta en algo que él genuinamente *no* es; en algo completamente ajeno a su carácter.

En las concepciones kantianas, lo central para atribuir responsabilidad es la voluntad, la capacidad de control o la decisión del agente al momento de realizar la conducta. Esta habilidad no se encuentra presente en situaciones de gran temor o ante una grave provocación y por ello el reproche de la conducta teñida con esta

¹⁰ Para responder a este interrogante, véase, por ejemplo: Duff, A., (20015), 'Criminal Responsibility and the Emotions: If fear and Anger Can Exculpate, Why Not Compassion?', *Inquiry*, Vol 58, No 2, pp. 189-220.

¹¹ Aunque esta terminología es tradicional puede llevar a confusiones. Gardner, J., (2012), *Ofensas y defensas en derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona, p. 147, nota 9.

emoción debe atenuarse o eliminarse.¹² El agente, en general, afirma que actuó pero que no pudo actuar de otra manera.¹³

H.L.A Hart es tal vez el representante contemporáneo más influyente de esta corriente. Para él, el derecho puede ser visto como un sistema de *elección* en el cual los individuos pueden advertir los costos correlacionados con ciertas pautas de conducta, e.g., cometer un delito.¹⁴ El costo de enfrentar una sanción por cometer un delito se contrapone a la *satisfacción* que el agente –paradigmáticamente en la comisión intencional de delitos- puede haber obtenido al quebrantar la ley. En este sentido, un rasgo básico de un derecho penal justificado es su *conexión con la autonomía* de los individuos, que se expresa en el reconocimiento de su capacidad para diseñar y responder por sus planes de vida. Si este derecho penal careciese de excusas, entonces los individuos verían disminuida su autonomía ya que deberían pagar el costo de una sanción penal sin haber tenido oportunidad de realizar una conducta alternativa (Hart, 1978: 44). Así, las excusas hacen más efectivas las decisiones individuales y aumentan la capacidad de los individuos de predecir el curso de los eventos. Las excusas, por analogía a las causales de nulidad, proveen a los individuos ciertas ventajas centrales. Primero, maximizan la capacidad de predecir la probabilidad de que se le aplique una sanción. Segundo, la decisión del agente se convierte en un factor central para imponer o no una sanción. Por último, si la sanción es aplicada, el castigo representa el precio por la satisfacción que se obtuvo al quebrantar la ley.

En otras palabras, la relevancia moral de las excusas surge como una cuestión de protección de los individuos frente a los reclamos que pueda realizar la comunidad por las consecuencias disvaliosas de su conducta. Las acciones realizadas bajo alguna de las condiciones excusatorias (e.g. miedo insuperable) no representan una verdadera decisión del individuo. Mediante las excusas, el derecho penal respeta las decisiones y planes de vida de los individuos como tales. Dado que esto es una cuestión central en la idea de justicia, esta es una de las razones por las que está justificado elegir un sistema jurídico que incorpore a las excusas como uno de las condiciones para atribuir responsabilidad frente a otro sistema que no ofrezca esa oportunidad institucional (Hart, 1978: 44-49).

En los enfoques humeanos el fundamento de la responsabilidad está intrínsecamente ligado al *carácter* del individuo. Para esta concepción, la conducta está excusada cuando no refleja aquello que es realmente un cierto agente. Aunque es indiscutible que el individuo actuó de una determinada manera, esa acción no es una manifestación de su carácter; dicho de otro modo, no era *él mismo* al momento de actuar (Fletcher, 2000: 799-800). No es posible aquí elaborar una concepción de la identidad individual que explique las conexiones entre acciones y carácter. Al respecto, solo señalaré que es intuitivamente plausible atribuir ciertas características a un individuo por las acciones que ejecuta y, a su vez, explicar esas conductas invocando el carácter de esa persona. En este sentido, es usual señalar que un

¹² Aunque decisión, capacidad de control y voluntad son términos vinculados a la acción intencional no son sinónimos. Sin embargo, en la discusión sobre qué explica las excusas suelen agruparse en la misma familia de teorías. Las diferencias que hay entre estos términos no es relevante para la discusión que quiero llevar por lo que en lo que sigue deben entenderse como lo hace la discusión mayoritaria.

¹³ Por ejemplo, Hart, H.L.A., (1978), *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, p. 152; Moore, M., (2010), 'Choice, Character, and Excuse', p. 548.

¹⁴ Hart, H.L.A., (1978), 'Legal Responsibility and Excuses', op. cit., pp. 28-53. El objetivo de su trabajo es mostrar una analogía entre las excusas del derecho penal y determinadas condiciones de nulidad que se dan en otras ramas del derecho, e.g., testamentos, donaciones y matrimonio. Hart sostiene que la analogía es útil porque permite identificar cuál es la razón que justifica, y muestra, la importancia de las excusas en el Derecho Penal.

individuo valiente es quien enfrenta el peligro y que precisamente porque es valiente, es capaz de comportarse de esa manera.

Una defensa de esta concepción puede encontrarse en el trabajo de George Fletcher (*Rethinking Criminal Law*). Para este autor, una característica distintiva de las excusas es que impiden conocer el carácter del agente por el acto que realizó. Aunque el individuo se comportó en cierta situación de manera cobarde, esa acción no puede ser el fundamento exclusivo para predicar cobardía como un rasgo de su carácter. Por ello, la aplicación de la excusas requiere identificar si el agente actuó conforme a su carácter o actuó conforme a las circunstancias excepcionales que hicieron que perdiera su capacidad de decidir (2000: 800-801).

El único modo de desarrollar una teoría de las excusas es insistir que ellas representan una distorsión limitada y temporal del carácter del agente... Las circunstancias que rodean el acto pueden dar lugar a una excusa solo en la medida que distorsionen la capacidad del agente en situaciones limitadas. Las circunstancias morales de la vida de un agente pueden explicar algunas de sus disposiciones, pero explicar una vida delictiva no puede excusar actos particulares a menos que deseemos abandonar toda la institución de la culpa y el castigo (2000: 802).

En general estas familias de teorías pretenden dar razones a favor de que exista una sola teoría que justifica las excusas establecidas en la ley.¹⁵ Intentaré mostrar que están equivocadas, y que, especialmente en el caso de las excusas emocionales es necesario incorporar un análisis de las razones para la acción, propias de los enfoques cognitivo-evaluativos.¹⁶ En otras palabras, sostendré que las dos formas tradicionales de entender las excusas emocionales pueden entenderse mejor si se las vincula a las dos maneras tradicionales de ver las emociones.¹⁷

5. Una concepción dual de las excusas y las emociones

Las acciones emocionales se explican por el modo en que una cierta emoción impacta en la conducta del agente. Ahora bien, en los casos en que las consecuencias de esas conductas fuesen disvaliosas, es preciso determinar si las emociones específicas que las determinan funcionan como excusas al momento de la atribución de responsabilidad. Por esta razón es importante analizar qué pueden aportar las teorías paradigmáticas de las excusas a nuestra comprensión del reproche de las emociones. O, más específicamente, ¿qué hace que una emoción como la ira o el miedo pueda servir para excusar o disminuir el reproche de ciertas conductas? La respuesta a este interrogante requiere tomar posiciones acerca de, en primer lugar, la naturaleza de las emociones y, luego, sobre la naturaleza de las excusas (Horder, 1992: 156). En el primer apartado presenté dos modos de entender las emociones y en el apartado anterior, mencioné diversos modos de entender las excusas. Un rasgo

¹⁵ Hay también quienes sostienen que no hay una razón que unifique a todas las excusas sino que diferentes razones justifican diferentes excusas. Para ello, véase, por ejemplo, Tadros, V., (2001), 'The Characters of Excuse', *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 21, No 3, p. 498.

¹⁶ Esta idea es sostenida también por Duff, A., (1993), 'Choice, Character, and Criminal Liability', *Law and Philosophy*, 12, pp. 346. También, Corrado, M., (1992), 'Notes on the Structure of a Theory of Excuses', *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol 82, No 3, pp. 465-497. Sin embargo, los argumentos y las razones son diferentes.

¹⁷ Por 'excusas emocionales' entenderé aquellas en las que la base de la disminución de la responsabilidad es el papel que ha desempeñado una o varias emociones específicas. Por supuesto, no es necesario que todas las excusas sean de naturaleza emocional, pero en este trabajo sólo analizaré esta clase de excusas.

importante del debate contemporáneo acerca de esas eximentes es que, a simple vista, todas parecen estar en desacuerdo y el esfuerzo se dirige a elaborar argumentos capaces de superar (vencer) a las teorías rivales.¹⁸ Sin embargo, en mi opinión, al igual que ocurre con las emociones, no hay necesidad de elegir, a todo o nada, entre algunas de las diversas teorías disponibles. Por ello, a continuación revisaré brevemente algunos de los problemas principales de esas propuestas con el objetivo de ilustrar en qué sentido esas teorías del fundamento de las excusas ofrecen aspectos complementarios que no pueden pasarse por alto en una teoría general de la responsabilidad penal.

5.1. La concepción kantiana y la capacidad de control

La tesis de que las excusas se fundan en que el individuo no pudo o no tuvo la capacidad para comportarse de diferente manera a la que lo hizo porque no era lo suficientemente valiente, controlado, etc., enfrenta una crítica fundamental.

Sostener que uno no tuvo la capacidad de actuar mejor de lo que lo hizo no parece ser ninguna excusa sino más bien una aceptación de la responsabilidad (Gardner, 2012: 148). Existe un cierto riesgo de asumir lo que debe probarse en caso de que se infiriese que la conducta está eximida de reproche *porque* el agente no podía evitar hacer aquello que finalmente hizo. Más bien, la intensidad de la emoción –y su correlativo impacto en la disminución del control– no parece suficiente para excusar una conducta. Por una parte, no es suficiente porque parece claro que el agente que odia inmensamente a su enemigo y, movido por ese rencor, urde una trama que conduce a la muerte del enemigo (e.g. el papel de Yago en *Otelo*), no puede descargar su responsabilidad invocando la magnitud de su emoción. Por otra parte, si la magnitud de la emoción (e.g., del odio de Yago) condujese inevitablemente a una determinada acción, entonces, si se acepta esa visión, inmediatamente es necesario ofrecer un criterio para distinguir entre excusas e inimputabilidad. En cierta medida, esto podría verse como un problema empírico, que depende del mayor o menor control que el agente retiene frente a ciertas circunstancias. Así, si el agente estuviese *absolutamente* privado de control, entonces sería inimputable. Pero, en caso de que tuviese *algún* grado de control, su conducta emocional sería solamente excusable. Ahora bien, ¿qué deberíamos decir del caso del paciente que presentaba rasgos pedófilos como consecuencia de un tumor cerebral? Nadie ponía en discusión que el agente era inimputable aunque podía controlar ciertas cosas y que, por ello, diseñaba estrategias para ocultar su trastorno de conducta. ¿Habría que concluir, por ejemplo, que es el tamaño del tumor aquello que determina si la conducta era excusable o si estábamos frente a un caso de inimputabilidad? La dificultad en encontrar una respuesta que no sea arbitraria, en mi opinión, es solo un síntoma de que la pregunta carece de sentido.

Es conveniente recordar que una teoría mecanicista del control pretende mostrar que un sistema jurídico con excusas es un sistema más adecuado que otro ordenamiento que las deja de lado. Podría, entonces, señalarse que la teoría apela a justificar la función que posee una institución como las excusas y, por ello, necesitamos un fundamento general de la misma para que, en el siguiente paso, fuese posible discutir sobre cuáles son sus condiciones de aplicación. Podríamos decir que la función de las excusas está vinculada, como señala Hart, a tomar en cuenta la

¹⁸ De hecho Gardner crítica en otro de sus trabajos la concepción de las excusas de Hart. Véase, Gardner, J., (2009), 'The Logic of Excuses and the Rationality of Emotions', *J Value Inquiry*, Vol 43, p. 315-318.

autonomía de los individuos y poner freno a los avances punitivos que puede realizar una comunidad (Hart, 1978: 49). Sin embargo, decir que la función de la excusa es garantizar en ciertas situaciones la autonomía de los individuos no significa que en cada ocasión o caso individual que no garantice la autonomía deberá considerarse la excusa. La razón es que esta función está condicionada por una estructura que hace que determinadas acciones puedan considerarse excusadas. En palabras de Atria, esta estructura está subordinada a la función, pero ella es *opaca* a la función.

Que sea opaca quiere decir que la relación de individuación es intransitiva: aunque la función identifica a la estructura, y la estructura a los miembros, de eso no puede concluirse que la función identifica a los miembros. Lo que sí quiere decir es que no tiene sentido pretender identificar estructuras sin tener una teoría, más o menos desarrollada, sobre la función que ellas desempeñan. En este caso la identificación de la estructura deviene arbitraria (Atria, 2016: 149).

Por tanto, podría asumirse que la tesis de Hart pretende justificar la *institución* de la excusa pero no pretende decir nada acerca de qué función desempeñan las excusas en un caso particular.

Sin embargo, aun si la distinción entre estructura y función fuese una respuesta satisfactoria, es evidente que ningún teórico o diseño institucional parece dispuesto a implementar todas las consecuencias de la teoría mecanicista del control. Por ejemplo, una teoría que asocia las excusas a la falta de capacidad o pérdida de control en el momento de la acción puede ayudar a fundamentar algunas excusas, pero deja indeterminada la atribución de responsabilidad en otras numerosas ocasiones.

Una teoría de las excusas basada en el control del agente debe reconstruir las emociones como fuerzas irracionales que determinan nuestro comportamiento. Esta teoría de las excusas puede explicar correctamente por qué disminuimos el reproche en casos de emoción violenta o arrebató u obcecación ya que, en estos casos lo que importa es la intensidad de la emoción, que el sujeto haya 'perdido el control de la situación', que se haya visto impulsado por su arrebató emocional, pero, por sí misma, esta teoría es insuficiente para explicar el funcionamiento de las excusas. En primer lugar, si lo importante es *solo* la intensidad de la emoción debería disminuir el reproche de conductas realizadas con odio, placer, etc., cuando la acción ejecutada estuvo *determinada* por esa emoción. Y, por otro lado, no puede explicar que en muchas ocasiones nos sentimos inclinados a disminuir el reproche en conductas realizadas por otras emociones 'positivas' como la piedad. O, tampoco puede explicar la razón por la que tendemos a exculpar al agente que actúa bajo coacciones. Por ejemplo, si alguien dice que me quebrará una pierna si no robo información puede darme mucho miedo pero mi conducta no es *mecánica*. Hay cierta evaluación, planificación y decisión, incluso cuando finalmente cedo ante la amenaza.

Ante todas estas complicaciones es prudente revisar si los problemas surgen porque la función de las excusas ha cristalizado en estructuras opacas, o bien, si, por el contrario, es más plausible reconstruir las emociones desde otros fundamentos alternativos (i.e., analizar si las excusas se justifican a partir de otras funciones diferentes al control).

5.2. La concepción humeana y la responsabilidad por el carácter

Para la teoría humeana, el sentido de la excusa radica en que la conducta realizada por el agente no es una manifestación de su carácter y lo excusamos porque ciertos elementos especiales de la situación impiden generalizar los contenidos de la conducta como rasgos de su carácter. En otras palabras, esos elementos especiales logran que la acción disvaliosa no refleje al individuo de una mala manera.

Sin embargo, aunque parece natural asociar ciertos rasgos del carácter (e.g., la valentía) con cierta capacidad de actuar específicamente (e.g., valientemente ante un cierto peligro), resulta extraño decir que una persona poseía la capacidad para actuar valientemente en un momento *t* pero no lo hizo y seguir manteniendo que el agente es valiente. Los rasgos del carácter son atributos disposicionales del carácter y, por ello, la verdad de su atribución a un cierto individuo requiere instancias positivas de confirmación. Por ejemplo, el enunciado ‘el azúcar es soluble’ es verdadero solo si, en caso de que un terrón de azúcar se disuelva cuando es introducido en agua caliente. En caso contrario, el enunciado resulta falso. De manera análoga, la capacidad de tener determinada virtud en un determinado momento, e.g. valentía, no es más que una capacidad que se pone de manifiesto en ese mismo momento.

En otras palabras, la conducta realizada es una manifestación del carácter más que prueba o evidencia de ello. Mi conducta cobarde *constituye* a mi carácter cobarde. No puedo decir que me comporté cobardemente, pero que ello no me representa. La excusa tampoco puede ser una afirmación de que el agente ha estado a la altura del carácter que siempre ha manifestado. Por ello, decir que siempre fui cruel y actué a la altura de mi crueldad no es una razón para disminuir el reproche (Gardner, 2012: 146).

Aunque cuando se habla de ‘carácter’ puede hablarse en diversos sentidos¹⁹, aquí me interesa solo sostener que centrarse en el carácter compromete con una teoría mecanicista de la responsabilidad al momento de establecer las excusas emocionales. La razón es la siguiente, si pretendemos evaluar el carácter de una persona debemos enfocarnos en los rasgos que efectivamente posee o manifiesta esa persona al momento de actuar. En ese sentido no pueden interesarnos los rasgos del ‘hombre medio’ o la generalidad de las personas, o los rasgos que una persona *como* el agente suele manifestar. Aceptar esas variantes es adoptar un enfoque diferente, por ejemplo, una teoría similar a la del rol o papel que desempeña un agente.

Aquí al igual que en la teoría anterior, si lo central es el impulso y la intensidad en que se manifiesta no se puede explicar por qué razón ser miedoso o tener ira puede excusar ciertas conductas pero no lo puede hacer la envidia, el odio, la lujuria, etc. Cualquier comentario acerca de la razonabilidad de la emoción no tiene cabida en estas teorías (Gardner, 2009: 315).

Finalmente, la construcción de una teoría de las excusas sobre la base del carácter de los individuos padece de una debilidad específica. Nuestro interés por admitir el papel que juega el carácter supone que esos rasgos desempeñan un papel relevante en las acciones de los individuos; que hay ‘algo más’ que determina nuestra conducta y que debe tenerse en cuenta al momento de fundamentar la responsabilidad penal. En definitiva, se asume que no se puede trazar una clara distinción entre ‘aquello que somos’ y ‘aquello que hacemos’. En la medida en que se

¹⁹ Por ejemplo, está el carácter de largo plazo o el de corto, el carácter establecido, etc. Véase Zimmerman, M., (1988), *An Essay on Moral Responsibility*, Rowman & Littlefield, Totowa.

acepta este presupuesto, se abandonan las razones para distinguir claramente entre un reproche penal exclusivamente centrado en los elementos disvaliosos de la conducta y una atribución de responsabilidad derivada del carácter del agente. Dado que el carácter, en última instancia, no depende de nuestras elecciones esa forma de atribución de responsabilidad exige una profunda revisión del principio de culpabilidad.

5.3. Una alternativa a las concepciones mecanicistas. Las excusas y el rol del agente

Una alternativa a las concepciones kantianas y humeanas de las excusas se encuentra en los trabajos de reconocidos penalistas contemporáneos, e.g. Duff, Tadros, Uniacke, etc. No es necesario revisar aquí cada una de esas propuestas sino que más bien mi objetivo es identificar los méritos y defectos de una línea alternativa a las concepciones mecanicistas tradicionales. Por ello, restringiré mi análisis a los aspectos centrales de la propuesta del catedrático de Oxford, John Gardner. Su propuesta se basa en el modo en que las razones determinan la conducta del agente. Estas razones son de diferente naturaleza y se conectan tanto con las creencias y deseos del agente como también con sus justificaciones para actuar. Por ello, según Gardner, el agente está excusado cuando la creencia que tuvo haya sido razonable dada la situación en la que este se encontraba y su acción, dada su creencia justificada, hubiera sido la correcta (2009: 315-338). Por ejemplo, un individuo cree erróneamente que su enemigo, que había prometido matarlo la próxima vez que se encontrasen, ha decidido cumplir su promesa y decide repeler la agresión con un disparo. Sin embargo, posteriormente se descubre que la víctima no tenía intención ni oportunidad de cumplir su amenaza. Para comprender en qué sentido su conducta resulta excusada es necesario analizar si la creencia errónea resulta justificada. En este caso el individuo tenía razones para creer que lo iban a agredir y actuó sobre la base de esa creencia.

John Gardner posee una tesis particular no solo de la teoría de las excusas sino también de la conexión que existe entre estas teorías y las teorías de las emociones. En su opinión, el sentido de las excusas es que muestran a la persona bajo una buena luz; en ese caso ella actúa a la altura de las expectativas y no, como sostiene el enfoque mecanicista, realiza un comportamiento mecánico, que está fuera de su carácter o, de su control. El agente estará excusado cuando ha actuado a la altura del rol que ha asumido voluntariamente. Los individuos desempeñan cotidianamente una multitud de papeles en su vida social y cada uno de ellos puede ser evaluado conforme a criterios específicos de conducta. Por ejemplo, un agente puede desempeñarse como soldado y la evaluación de su conducta dependerá de estándares diferentes a los que se aplican a un oficinista. Así, en el caso del soldado se espera que actúe, frente a amenazas, de modo más calmado y con más auto control frente al miedo que el oficinista. Por supuesto, esto no significa que el oficinista no pueda reaccionar de manera similar sino que los rasgos que definen a un *buen soldado* (el soldado ideal) son diferentes al ideal de *buen oficinista*. Por tanto, interesa descubrir si la persona se comportó conforme a los estándares de carácter a los que *debería* ajustarse (Gardner, 2012: 146).

Para dar contenido a esta idea es necesario destacar que no todas las personas están sujetas al mismo estándar de carácter. Más bien, las personas deben vivir a la altura de diferentes expectativas según las vidas que llevan. Hay dos parámetros en los que suele evaluarse un rol. El primero es de éxito /fracaso y el segundo es de adecuación/inadecuación para el rol. Lo que interesa al momento de

excusar la acción es este último parámetro. Somos adecuados para un rol cuando poseemos las cualidades (i.e., habilidades, virtudes y condiciones) que las personas que ejercen esos roles deberían poseer (2012: 152).

Una crítica que realiza Gardner a teorías como las del control o el carácter es que su fundamentación de las excusas emocionales comprometidas con las teorías mecanicistas no puede distinguir entre excusas y negación de la responsabilidad o causas de inimputabilidad. Sin embargo, una dificultad que posee una teoría comprometida con las teorías cognitivas-evaluativas es que también encuentra dificultades para distinguir entre excusas y justificaciones (Gardner, 2009: 316-317).

Si asumimos una teoría de las excusas mecanicista pura lo único que haría falta en nuestros códigos penales es una cláusula general en la que se establezca algo así como 'cuando la emoción sea intensa la conducta estará excusada'. Para estas teorías no es relevante el tipo de emoción, i.e., si se trata de odio, resentimiento, miedo o ira. Por ello, una tesis como la de Gardner donde la razonabilidad y actuar a las alturas de las expectativas normativas juega un papel central nos permitirá no solo evaluar si las emociones que son aceptadas en los códigos penales están justificadas sino también entender por qué razón otras emociones que no se encuentran habitualmente en los códigos penales, como la compasión, deberían en ciertas ocasiones disminuir el reproche o por qué motivo el odio a una raza por muy intenso que sea no provoca la misma disminución que el miedo. Sin embargo, una teoría como la de este autor por sí sola también es insuficiente. No puede explicar que si hemos sido adecuados al rol y la situación era amenazante pero nosotros somos más valientes de lo normal y aprovechamos la situación para deshacernos de nuestro enemigo no debería aplicarse la excusa.²⁰

En síntesis, todas las teorías esquematizadas afrontan dificultades a las que no pueden responder. Sin embargo, si asumimos que ambas teorías son necesarias podemos entender por qué no disminuimos el reproche en situaciones en las que los individuos actúan bajo una emoción 'malvada', e.g., el odio. Así, quien actúa bajo odio racial, aunque no tengamos dudas del carácter emocional de su conducta, no puede alegar que había genuinos fundamentos para entender que esa emoción era razonable. Por otro lado, si esta emoción adquiere una fuerza tal que el agente no podía evitar actuar el modo en que lo hizo podremos decir que es un inimputable, pero eso excluiría que su conducta esté penalmente excusada. Por otra parte, también podremos evaluar si una conducta realizada por piedad, e.g. homicidio, no merecería entrar en el catálogo de las situaciones excusables.

6. Conclusiones

Una propuesta dualista de las excusas tiene que ser descriptivamente adecuada y normativamente plausible. Trataré de argumentar sobre estos requisitos sólo de manera indirecta, mediante el análisis de un ejemplo de excusa emocional tomado del código penal argentino. Mientras que el tipo básico de homicidio es reprochado en el artículo 79 con pena de ocho a veinticinco años, el artículo 81 establece: '1º) Se impondrá reclusión de tres a seis años...: a) al que matare a otro,

²⁰ Gardner expresamente sostiene en otro lado que un agente para estar justificado debe tener una razón para actuar como lo hizo y debe actuar por esa razón. Sin embargo, creo que ello no se sigue de su teoría de las excusas.

encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable'

Conforme a la redacción del artículo vemos que hay dos condiciones centrales: i) que la emoción sea violenta, y ii) que las circunstancias sean excusables. El primer requisito refleja la idea de que cualquier emoción puede contar como excusable (ira, odio, temor, etc); sin embargo, ella debe poseer determinado grado de intensidad. Este rasgo de 'fuerza' o 'violencia' es típico de las concepciones mecanicistas y por ello, una teoría como la de Hart, señalaría que, si no existe un cierto control mínimo, la conducta del agente no puede ser reprochada de manera completa. Así, en general se asume que:

La capacidad de reflexión del agente debe haber quedado tan menguada, que no le permita la elección de una conducta distinta con la misma facilidad que en supuestos normales, en virtud de la disminución de los frenos inhibitorios (D'Alessio, 2004: 25).

El segundo requisito, por otro lado, exige ciertas condiciones necesarias para poder catalogar como 'excusable' la conducta emocional. La situación tiene que ser de tal magnitud que, en general, provocaría el mismo resultado en cualquier persona en su misma situación. Algunas de las condiciones para advertir si la situación es excusable requiere: que haya una causa provocadora (ya sea real o imaginaria), que el agente no haya provocado su estado, que la respuesta sea inmediata (actualidad de la emoción) (2004: 26-27). En síntesis, si reacciono de modo violento ante una provocación trivial mi conducta no estará excusada aunque yo sea una persona muy iracunda y mi emoción haya sido violenta. En estos casos, necesitamos recurrir a las teorías evaluativas de la emoción para poder juzgar si la evaluación que el agente hizo era razonable o irrazonable. Un modo evaluar esa reacción es acudiendo a teorías como la de Gardner para establecer si, aunque mi conducta fue incorrecta, tenía razones para reaccionar del modo en que lo hice conforme a los roles que he decidido llevar.

El mismo ejercicio podría hacerse con la tipificación del miedo insuperable o, la atenuante de arrebató u obcecación del código penal español. Una diferencia notable es que el código de este país solo hace hincapié en la intensidad de la emoción. Sin embargo, la dogmática y la jurisprudencia han añadido requisitos que apuntan a la excusabilidad de la situación.²¹ Como consecuencia de ello, las exigencias serían del mismo tipo que en el delito de emoción violenta. En primer lugar, el miedo, el arrebató o la obcecación deben ser intensos y, en segundo lugar, las circunstancias que hacen que el agente caiga en ese estado deben hacer excusable su conducta.

Bibliografía

ATRIA, F., (2016), *La forma del derecho*, Marcial Pons, Barcelona.

BANDES, S. (ed.) (2001), *The Passion of Law*, New York University Press, New York and London.

²¹ No entraré aquí en la cuestión de si la dogmática y la jurisprudencia poseen autoridad para añadir requisitos para que la conducta sea excusable.

- CORRADO, M., (1992), 'Notes on the Structure of a Theory of Excuses', *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol 82, No 3, pp. 465-497.
- D'ALESSIO, A., et alt., (2004), *Código Penal comentado*, La Ley, Buenos Aires.
- DUFF, A. (1993), 'Choice, Character and Criminal Liability', *Law and Philosophy*, 12, pp. 345-383.
- DUFF, A., (20015), 'Criminal Responsibility and the Emotions: If fear and Anger Can Exculpate, Why Not Compassion?', *Inquiry*, Vol 58, No 2, pp. 189-220.
- ELSTER, J. (1999), *Alquemies of the Mind*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FLETCHER, G., (2000), *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.
- GARDNER, J., (2009), 'The Logic of Excuses and the Rationality of Emotions', *J Value Inquiry*, Vol 43, p. 315-338.
- GARDNER, J., (2012), *Ofensas y defensas en derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., (2009), *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Barcelona.
- HART, H.L.A, (1978), *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford.
- HORDER, J., (1992), *Provocation and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford.
- JAKOBS, G. (1992), 'El principio de culpabilidad' en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XLV, pp. 1051-1083.
- KAHAN D. y NUSSBAUM M., (1996), 'Two Conceptions of Emotions in Criminal Law', *Columbia Law Review*, Vol. 96, 269-374.
- LYONS, E., (1993), *Emoción*, Anthropos, Barcelona.
- MANRIQUE, M. L, (2016), 'Impulsos y razones en el derecho penal – Hacia una teoría dualista de las emociones', *Doxa*, Alicante, Marcial Pons, Vol 39, pp. 289-304.
- MOORE, M., (2010), *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHOEMAN, F. (ed.) (1987), *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SOLOMON, R. (2003), *What is an Emotion*, Oxford University Press, New York-Oxford.
- SWERDLOW, J.M. y BURNS, R.H., (2003), 'Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign' en *Archives of Neurology* 60, pp. 437-440.
- TADROS, V., (2001), 'The Characters of Excuse', *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 21, No 3, p. 495-519.

TADROS, V. (2004), 'Attribution, Ethics and Emotions in Criminal Responsibility, Review Article' in *Modern Law Review*, 67, pp. 322-338.

UNIACKE, S. (2007), 'Emotional Excuses', *Law and Philosophy*, 2007, Vol. 26, pp.95-117.

ZIMMERMAN, M., (1988), *An Essay on Moral Responsibility*, Rowman & Littlefield, Totowa.

La mediación en sociedades interculturales. Referencia a la posible actuación del Defensor del Pueblo en procesos de mediación

Mediation in intercultural societies. Possible Ombudsman's action in mediation processes

María Pérez-Ugena Coromina
Universidad Rey Juan Carlos
maria.perezugena@urjc.es

Recibido / received: 24/11/2017
Aceptado / accepted: 05/02/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4157>

Resumen

El objeto de este trabajo es una reflexión acerca de los conflictos que surgen en sociedades interculturales como consecuencia de marcos más plurales, acompañada de una propuesta de cauces de solución. Nos planteamos la conveniencia de utilizar mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, en particular la mediación, como medio especialmente adecuado para este tipo de controversias. La integración en sociedades plurales exige un esfuerzo y toma de postura por el Estado. Los poderes públicos deben implicarse en lograr un mayor grado de convivencia democrática, incidiendo en el aspecto real y no formal de la libertad y la igualdad, de manera coherente con la concepción social del Estado. El Defensor del Pueblo es una figura idónea para poder actuar como mediador en conflictos propios de la interculturalidad. Su contacto con los problemas sociales, de una parte, y su posición neutral, basada en la *auctoritas*, de otra, le atribuyen unas características muy interesantes para que pueda ejercer esta función. Asumiría así el Estado este papel a través de la institución que resulta más cercana a la ciudadanía. Esto, a su vez, podría revertir en una mejora de la percepción social del Defensor del Pueblo.

Palabras clave

Interculturalismo, mediación, Defensor del Pueblo.

Abstract

The purpose of this work is a reflection on the conflicts that arise in intercultural societies as a consequence of more plural frameworks, accompanied by a proposal of channels of solution. We consider the convenience of using extrajudicial mechanisms for resolving conflicts, particularly mediation, as a particularly appropriate means for this type of dispute. The



integration in plural societies requires an effort and takes position by the State. The public authorities must be involved in achieving a greater degree of democratic coexistence, focusing on the real and non-formal aspect of freedom and equality, in a manner consistent with the social conception of the State. The Ombudsman is an ideal figure to be able to act as mediator in conflicts of interculturality. His contact with social problems, on the one hand, and his neutral position, based on the auctoritas, on the other, attribute him some very interesting characteristics so that he can exercise this function. The State would assume this role through the institution that is closest to citizenship. This, in turn, could lead to an improvement in the social perception of the Ombudsman.

Keywords

Interculturalism, mediation, Ombudsman.

SUMARIO. 1. Sociedades interculturales. 2. La mediación como forma de resolución de conflictos. 3. Mediación intercultural. 4. El Defensor del Pueblo como mediador. 5. Conclusiones

1. Sociedades interculturales

Es evidente que en los últimos años la sociedad ha sido objeto de enormes transformaciones, la globalización, que ha llevado a una mayor dependencia de los mercados externos con la consecuente menor acción reguladora de los gobiernos, los cambios tecnológicos, los nuevos modelos familiares, los avances en materia de género, entre otros, diseñan una sociedad muy distinta. Tendemos a una sociedad más abierta e intercultural. Nos detenemos especialmente en esta última cuestión, la interculturalidad, si bien es cierto que los otros aspectos reseñados presentan un carácter transversal¹.

Los países que han sido objeto de cambios como consecuencia de amplios flujos migratorios dan lugar a sociedades más plurales en las que se precisa una toma de postura por parte del Estado. El interculturalismo, en su sentido más amplio, implica una posición activa del poder público en aras de lograr una mayor integración que pasa por la necesaria puesta en marcha de las políticas necesarias para avanzar en una igualdad real y efectiva.

En algunos países, como es nuestro caso o el de otros Estados tales como Italia o Portugal, que han seguido procesos similares en el tiempo, han visto en un periodo breve un cambio social determinante como consecuencia del enorme flujo migratorio recibido, comparativamente hablando con lo que había sucedido en épocas anteriores. Esto supone un cambio radical en la composición de la sociedad que pasa de tener un alto grado de homogeneidad a entrar en la categoría de lo que podemos denominar como sociedades multiculturales, desde un punto de vista puramente descriptivo².

El interculturalismo, pese a no ser un principio constitucional expresamente reconocido en la Constitución deriva del pluralismo y ha sido acuñado por la

¹ Entendemos la transversalidad como una metodología que responde a problemáticas comunes e interrelacionadas presentes en las actuaciones, dispositivos y programas y no como problemáticas separadas de éstos. Esta perspectiva transforma la concepción, métodos y criterios con que se diseñan las políticas públicas dirigidas a todos para que integre distintos parámetros como género, interculturalidad o ciudadanía. Implica la introducción de ejes, problemáticas y temáticas comunes, compartidas en todos los ámbitos y áreas de trabajo.

² En el informe *How the World Views Migration* (2015), Gallup refleja una divergencia marcada en las actitudes del público en el norte de Europa y la zona del Mediterráneo de este continente.

doctrina, además de ser referente en los distintos ámbitos normativos. Como tal, se ha convertido en un principio inspirador. Se construye sobre los valores comunes que dan la pauta mínima que deberá asumir el conjunto de la ciudadanía. Tales valores son los que se corresponden con nuestra Constitución en una interpretación conforme con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución.

La tolerancia y los límites a la diversidad vienen marcados por la referencia a los mínimos comunes, a los valores respecto de los cuales una sociedad alcanza un consenso. Se trata de aspectos que determinan la identidad de la ciudadanía a través de ciertos elementos. Un Estado realmente plural, en el sentido de intercultural exige, además, una posición neutra del poder público respecto de las convicciones de la ciudadanía.

La diversidad es, sin duda, positiva. La globalización ha coadyuvado a crear sociedades más plurales y, por tanto, más abiertas. Una sociedad plural, en la que se ofrecen mayores opciones es, o debería ser, como consecuencia de esa pluralidad, una sociedad más democrática y tolerante. El pluralismo es, de hecho, uno de los valores que la Constitución española consagra como valores superiores del ordenamiento jurídico en su artículo primero.

Una sociedad intercultural es, en definitiva, una sociedad más igualitaria no solo en el sentido formal del término, como menos discriminatoria, sino en un sentido positivo, propio de la igualdad real y efectiva, que se relaciona con un concepto de Justicia social. De hecho, la pretensión última del interculturalismo es evitar la desigualdad por razón de cultura, entendida ésta en un sentido amplio.

Como principio, el objetivo de lograr mayores cuotas de igualdad nos permite, no solo aplicar la discriminación indirecta, sino también las acciones positivas o la discriminación positiva o inversa. Éstas suponen la puesta en marcha de medidas diferenciadoras que utilizan como criterio de distinción cuestiones entre las que está el género, junto con otras como la etnia o la discapacidad.

Veamos qué se entiende por interculturalismo más allá de definirlo como un *de facto* *de jure* *de r d* *m t* *d “ r t j ”* *b*. En un segundo sentido, el interculturalismo implica una toma de postura que define a un Estado. De tal forma que un Estado intercultural es aquél en que el poder público adopta una posición que es favorable, abierta y tolerante. Esto exige, al mismo tiempo, una posición de neutralidad respecto de la libertad de convicciones de los ciudadanos y una postura activa para lograr una verdadera integración. En este sentido, sería la agrupación de varias culturas en un mismo sitio geográfico, entendido como un hecho positivo, que puede enriquecer a las personas de estas culturas al interactuar. Este pluralismo estaría basado en el principio de igualdad (no discriminatorio) y el de la diferencia (aceptación).

Desde esta segunda perspectiva, el interculturalismo se convierte en un valor o un principio inspirador que determina la actuación del Estado dirigida a una mayor integración de individuos y grupos en la órbita de un Estado social y que busca elevar las cuotas de entendimiento intercultural, con la consiguiente reducción de posibles guetos y el aumento del grado de tutela frente a la discriminación, lo que a su vez pasa por una comprensión positiva del fenómeno migratorio.

De esta forma, en un sentido estricto la interculturalidad supone convivencia, pero en uno más amplio implica aceptación y en éste último el interculturalismo no deja de ser un proyecto, un ideal al que tender, sin que sea solo un hecho social, sino que representa una nueva respuesta de la sociedad occidental a políticas

anteriores que pretendían la asimilación cultural por las minorías de las pautas de la cultura homogénea de la cultura dominante. Hay un conjunto histórico de ideas y de programas políticos que tiene como núcleo la convicción de que las democracias modernas deben asegurar el reconocimiento equitativo de las diferentes culturas, reformando sus instituciones y dando a los individuos los medios efectivos para cultivar y transmitir sus diferencias” (Tenorio Sánchez, 2014: 67).

Un Estado intercultural en un sentido amplio cuenta con ciertos instrumentos para una mayor integración. Así, se ponen en relación igualdad e interculturalismo como forma de acabar con una discriminación social o estructural. La discriminación estructural deriva y es consecuencia de la propia organización social y el mantenimiento de estereotipos. Un estereotipo se produce a través de varios procesos de distinta naturaleza, cognitiva, cultural, emocional, que hacen referencia a un conjunto de creencias en relación con determinadas características que se esperan y se consideran adecuadas respecto a personas pertenecientes a distintas culturas o etnias, o bien a hombres y mujeres. Tales estereotipos nos llevan a mantener la estructura multicultural “cultural” formada parte de la estructura de la organización de una sociedad.

Cualquiera que sea la opción dentro de las posibilidades de las políticas que afectan a la interculturalidad, los problemas prácticos que se plantean en sociedades plurales son evidentes. Las distintas formas de entender el mundo conllevan necesariamente la aparición de conflictos sociales y sus derivados jurídicos. El tratamiento de esta cuestión se hace sobre la asunción de tres premisas básicas. La de la igualdad, por la que todos los ciudadanos tienen un componente étnico-cultural; la de la dignidad, por la que todas las culturas que se desarrollan en una comunidad son merecedoras de respeto; y el necesario apoyo de los poderes públicos. El poder público debe prestar el sostén suficiente para crear un régimen realmente plural (Ruiz Vieytez, 2007).

Actualmente, Canadá es el paradigma del interculturalismo y representa el mayor grado de asunción de este principio, hasta el punto de que ha recogido en su texto constitucional el principio de multiculturalismo, de manera absolutamente excepcional en relación al resto de países occidentales³. El artículo 27 de la Carta se interpreta así: “esta Carta será interpretada de una manera consistente con la preservación e impulso del patrimonio multicultural de los canadienses”. El núcleo de la mayoría de la doctrina se trata de una cláusula o norma de valor interpretativo sin contenido sustantivo propio (Ruiz Vieytez, 2007).

Es preciso comprender la historia reciente de Canadá para entender su especial interés hacia la interculturalidad. Se trata, como sabemos, de un Estado reciente, cuya descolonización se produce a partir de los años 30 del siglo XX y que presenta una división entre las familias de ascendencia inglesa y francesa -esta última en peor posición socioeconómica, comparativamente hablando- y una parte de la sociedad que es india de origen. Ante este panorama el planteamiento del interculturalismo es entendido como proyecto de reconocimiento cultural orientado a romper las jerarquías sociales y políticas fundadas en la diferencia y que acrecienta la unidad y la cohesión de Canadá frente a los dos pueblos fundadores (Tenorio Sánchez, 2014).

³ Puede verse una descripción del tema en Elósegui Itxaso (2010). En este informe se plantean recomendaciones al Gobierno para que las prácticas de integración sean conformes a los valores de la sociedad quebequesa en tanto que sociedad plural, democrática e igualitaria. Se propone un modelo de interculturalidad basado en el concepto de pluralismo integrador.

De manera que en Canadá se ha producido un movimiento evolutivo muy claro desde la asimilación al interculturalismo. Así, las ideas asimilacionistas son propias de una etapa previa, hasta 1971, en que la adopción oficial del multiculturalismo tuvo lugar. “A partir de ese momento se desarrolla una fase de formación o consolidación del mismo, que incluye básicamente acciones en materia de promoción cultural, fomento de la participación, intercambio cultural, y enseñanza de las lenguas oficiales. Este primer momento, que dura hasta comienzos de los años ochenta, es sustituido por una segunda fase de expansión o crecimiento, en la que se avanza en el campo de la discriminación sistemática y la acción afirmativa en ámbitos laborales y económicos. Éste es también el período de los desarrollos normativos fundamentales, sobre todo la Carta Canadiense de Derechos y Libertades y la Ley sobre el Multiculturalismo, aprobada en 1988. Esta segunda fase puede darse por concluida a comienzos de los años noventa, cuando parece iniciarse un momento de retroceso o cuestionamiento de la opción interculturalista. Esta nueva etapa se manifiesta en los reajustes departamentales que desubican el interculturalismo del sector más relevante del gabinete, la contención o descenso de los fondos destinados a programas interculturales, y el aumento de los discursos críticos con la diversidad que ponen su énfasis en la necesidad de reforzar la identidad canadiense, apoyados en la nueva coyuntura internacional simbólicamente motivada por los atentados del 11 de septiembre de 2001” (Ruiz Vieitez, 2007).

Si profundizamos adecuadamente, la situación de Europa en su conjunto tropieza con el interculturalismo europeo de los diferentes Estados miembros llamados a conformar la Unión. Nos referimos en este caso al interculturalismo como hecho identitario. El interculturalismo deriva de la historia, los diferentes sistemas jurídicos —germánico versus romano— las lenguas, los modos de vida... Por tanto, la Unión Política europea pluralidad cultural y la conciencia de ciudadanía europea debe ser entendida como categoría incluyente y no excluyente de los pluralismos. Y esa construcción es esencialmente cultural, en la que las Universidades juegan un papel determinante, y sólo cuando el sedimento tenga suficiente fuerza, podrá terminar de edificarse sobre bases sólidas el proceso de Unidad Política.

En el ámbito de la Unión Europea no existe un principio general de interculturalismo expreso, si bien, el artículo 22 de la Carta de Derechos de la Unión Europea declara bajo el título Diversidad cultural, religiosa y lingüística que “La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”.

Las dos tendencias que se vienen aplicando en el ámbito europeo serían las políticas de integración y las de no discriminación. En el año 2006, la Resolución del Parlamento Europeo sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la Unión Europea propuso la incorporación de prioridades y medidas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea “relativas a la integración de las mujeres y refugiados como colectivos específicos de atención. Las estrategias de integración contemplan la prevención de los malos tratos, instando al desarrollo de políticas que “proporcionen a las mujeres inmigrantes información de fácil acceso sobre la legislación del país de acogida sobre igualdad de género y los derechos y la protección que se deriven de dicha legislación, y sobre los recursos jurídicos disponibles”. Estas medidas de integración destinadas a los refugiados durante la fase de acogida, tales como cursos de idiomas o actividades de trabajo voluntario”.

Por último, los Derechos Humanos tienen un papel determinante ante estos problemas que surgen de la convivencia en la pluralidad. Son los Derechos Humanos los que deben marcar las nuevas pautas, debido a su aproximación al aspecto internacional del régimen de derechos, nos ofrecen unos referentes que son derivados del acuerdo de los principales países, representantes de la hegemonía cultural del momento, resultantes de la IIGM. Muchos de los problemas que se plantean en el interculturalismo, además, guardan relación con cuestiones cuyo tratamiento excede del que los Estados pueden ofrecer.

Si de una manera general la Constitución Española ha previsto, en concreto en su artículo 10.2, que la interpretación de nuestras normas se haga con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de acuerdos y tratados a que llegue el Estado, en nuestros días y con el aumento de los conflictos lógicos derivados de la convivencia plural los derechos humanos tienen un papel muy relevante que cumplir. Por lo tanto, es preciso insistir en que, en este ámbito de problemas surgidos como consecuencia de la creación de Estados plurales, nos encontramos con que los derechos humanos se convierten en un referente cada vez más relevante.

2. La mediación como forma de resolución de conflictos

El interculturalismo está evidenciando una serie de conflictos nuevos, o al menos que se producen en mucho mayor grado que en tiempos anteriores, y busca nuevos cauces de solución de los mismos. En este sentido los que se han denominado como sistemas alternativos de resolución de conflictos suponen una opción muy conveniente para la búsqueda de soluciones.

Los métodos de resolución de conflictos alternativos son sistemas derivan de la voluntad de las partes, pero no son inmunes al control del Estado⁴. Y ello porque el derecho a la tutela judicial efectiva trasciende el ámbito exclusivamente judicial. La función del Estado en este ámbito no es solo ofrecer un sistema de Justicia que permita una tutela efectiva. También es función del Estado, en desarrollo del artículo 9.2 de la Constitución, promover la libertad de forma real y efectiva. Lo que en relación al tema que nos ocupa supone permitir y favorecer que de la propia sociedad emerjan instituciones alternativas, que, dando cumplimiento a los principios del artículo 24 de la Constitución, permitan una conexión entre ámbitos público y privado en la capacidad de resolver conflictos, siempre que se cumplan las garantías constitucionales⁵.

⁴ Tanto el arbitraje como la mediación son instituciones que, en el sentido señalado por Merino Merchán y Chillón Medina (2006: 214 y ss.), se proyectan como un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas diversas voluntades particulares. En este caso, la vinculación se produce por el acuerdo o convenio por el que se busca una solución al margen de los mecanismos judiciales del Estado.

⁵ En España, el procedimiento de conciliación está reconocido tanto en los procedimientos laborales como en los civiles, siendo en ambos casos un procedimiento previo al inicio del proceso judicial. La normativa aplicable es la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 (arts. 460 a 480) y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En la conciliación las partes acuden a un tercero, pudiendo ser éste un órgano judicial, a los efectos de alcanzar una solución a un conflicto existente, evitando acudir a un procedimiento judicial. El tercero no incita activamente a las partes a alcanzar el acuerdo al conflicto suscitado, consistiendo su función más bien en reunir a las partes y en transmitir entre ellas los mensajes o las informaciones en forma correcta, con la finalidad de que las partes alcancen el acuerdo entre ellas, pero sin que se adopten por parte del tercero medidas persuasivas, integradoras e incluso de carácter disuasorio que tiendan a concretar y posibilitar una solución de consenso entre las partes. Pese a señalar tales diferencias entre conciliación y negociación, reconocemos que éstas son imprecisas. La negociación: es un método por el cual las partes interesadas resuelven conflictos, procurando obtener resultados que sirvan a sus intereses. Se

En su origen, como sistema de resolución de conflictos, la mediación forma parte de la historia de la humanidad. Podemos ligarlo a la idea de renuncia a la violencia en beneficio de la comunidad y a la tradición humanística centroeuropea de finales del Renacimiento, que adoptó el diálogo como forma básica de la argumentación racional y del juicio. Si bien podemos reconocer prácticas similares, no es hasta finales de la década de los 60 en el Siglo XX cuando se desarrollan en los Estados los sistemas alternativos de resolución de conflictos, con los que se trata de evitar acudir a los tribunales para resolver los litigios. La utilización de estos sistemas alternativos se expandirá y normalizará en la sociedad americana con gran rapidez.

La adaptación a Europa de un sistema ADR semejante al estadounidense no ha sido sencilla, pero poco a poco la mediación va adquiriendo mayor protagonismo en nuestro continente. Por su afinidad cultural y jurídica con los Estados Unidos, el Reino Unido es quien ha acogido con mayor rapidez y firmeza las técnicas ADR. En otros países como Francia o Alemania se ha incrementado considerablemente en los últimos años la utilización de la mediación.

La aprobación de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha supuesto un impulso fundamental⁶. En la citada Directiva se señala que la utilidad de ampliar el recurso a la mediación la constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos, más aristas y perfiles de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y contribuye a preservar una relación amistosa y sostenible entre ellos⁷.

En nuestro País, en desarrollo de la citada Directiva, se aprueba la Ley 5/2012 de Mediación en la que “se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”⁸.

La mediación tiene como ejes centrales de su actividad la voluntariedad y la libre decisión de las partes y se desarrolla a partir de la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto, que queda expresado en el

contempla generalmente como una forma de resolución alternativa de conflictos o situaciones que impliquen acción multilateral. Son las partes las encargadas de buscar una solución al conflicto existente, sin acudir a un tercero que sea quien resuelva el citado conflicto.

⁶ Esta Directiva está basada en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil que fue elaborado por la Comisión Europea en el mes de abril de 2002.

⁷ La Directiva ha venido a completar otras regulaciones en ámbitos diferentes. Entre ellas, la Decisión-Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, sobre la implantación de la mediación en la vía penal, así como varias Recomendaciones del Consejo de Europa a los estados miembros en Derecho de familia (R 1/1998) y en Derecho penal (R 19/1999).

⁸ En cuanto a su regulación destaca la reciente Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada en el BOE de fecha 7 de julio de 2012. Junto con éstas, también de ámbito nacional, debemos tener en cuenta: Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la redacción dada con los artículos modificados por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Así como la Ley de la Jurisdicción Social en sus artículos 63 a 68. En el ámbito de la Unión Europea, tenemos la Directiva 2008/52/CE. Y de ámbito autonómico, constan las leyes en materia de mediación familiar.

acuerdo de mediación (Guillén Gestoso, Mena Clares, Ramos Ruíz y Sánchez Sevilla, 2005)⁹.

La mediación se desarrolla a partir de la intervención de una persona neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una manera equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto, que queda expresado en el acuerdo de mediación. Se trata de una forma autocompositiva o no adversarial frente a la vía heterocompositiva o adversarial que es la propia del arbitraje. Esta diferenciación es fundamental y sitúa a la mediación como una forma de gestión positiva de un conflicto a través de técnicas multidisciplinarias¹⁰. La mediación participa sustancialmente de la naturaleza del contrato o convenio inter privados. De forma gráfica podríamos decir que las partes en la mediación son árbitros de sí mismos y la fuerza de su decisión deriva de su propia voluntad expresada en convenio escrito.

Al tratarse de un sistema autocompositivo, son las partes implicadas en la mediación las que han de encontrar una solución a su conflicto, no delegando en una tercera persona la decisión sobre el mismo. Por ello mismo, el mediador debe mantenerse en un plano neutral, imparcial y equidistante entre las partes. Es un mero canal de la comunicación que debe ayudar a las partes a negociar y alcanzar ellas una solución (Guillén Gestoso, Mena Clares, Ramos Ruíz y Sánchez Sevilla, 2005).

Las partes son, por tanto, las protagonistas del desarrollo de la mediación y su voluntad o autonomía de decisión, el principio eje de todo el procedimiento, de tal forma que el mediador queda obligado a la búsqueda de soluciones, a trazar puentes de comunicación e intentar que las partes lleguen a un acuerdo desde una posición neutral y sin que en ningún momento, al contrario de lo que ocurre con el arbitraje, pueda variar su función imponiendo soluciones, sino que el proceso gira en torno al acuerdo y capacidad de disposición de las partes.

En lo que se refiere a los mediadores, la citada Ley regula de forma detenida las cuestiones relacionadas con su necesaria preparación, condiciones de ejercicio y demás aspectos que vienen a reforzar la exigencia de imparcialidad del mediador a lo largo del procedimiento (Barona, 2013).

Se trata, por último, de un procedimiento complementario a la jurisdicción, no antagónico ni excluyente de la misma; extrajudicial, por el hecho de que se administra por sujetos no integrados en el Poder Judicial y alternativo, por cuanto no permite la utilización simultánea de la resolución judicial¹¹.

Podemos entender que hay ciertos principios informadores de la mediación, que son de cumplimiento necesario, sin los cuales una mediación y su consecuente acuerdo serían nulos y vulnerarían las garantías propias de la tutela judicial efectiva.

⁹ Además, la mediación puede cumplir con otras funciones. Específicamente, puede hablarse de (i) funciones de carácter preventivo, la mediación permite conocer el estado de la conflictividad social y deviene, en sí misma, una herramienta de "prevención"; (ii) de carácter educativo y (iii) de carácter reparador. se sitúa en el ámbito penal (y en el marco de la restorative justice), donde la mediación busca una actividad restauradora o de conciliación con la víctima por parte del menor (Libro Blanco de Mediación, 2011: 836 y ss.).

¹⁰ La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, define en su artículo 3 lo que se entiende por mediación. Entre otros, puede verse sobre el tema: Ordóñez Solos (2009). Además, la mediación puede presentar otras funciones, vid. Libro Blanco de Mediación (2011, 836 y ss.).

¹¹ Seguimos en este punto a Martín Diz (2010).

Tales principios están recogidos en la Ley 5/2012 y junto con la voluntariedad y libre disposición, a la que hemos hecho referencia, serían, además de la confidencialidad¹², básicamente la igualdad entre las partes y la neutralidad¹³. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador¹⁴.

La citada Ley hace referencia junto con el principio de imparcialidad del mediador a la igualdad de las partes. El procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, y que puedan llegar por sí mismas a un acuerdo, no pudiendo el mediador actuar en interés o en perjuicio de ninguna de ellas.

De esta forma, una posición dominante o la existencia de cualquier traza de violencia, amenaza o intimidación impide que se celebre una mediación. De ahí que podamos entender que no es posible la mediación en casos de violencia de género, precisamente porque se rompe el principio de igualdad entre las partes¹⁵.

A estos efectos, la Ley 5/2012 contempla la obligación del mediador de no iniciar o de abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad, así como revelar cualquier circunstancia que pudiera afectarle a la hora de conducir el proceso con imparcialidad.

Un paso más allá supondría que el mediador deba incluso, como señala el Código de conducta europeo para mediadores (2004), no solo actuar imparcialmente con las partes en todo momento, sino también esforzarse en demostrar su imparcialidad.

Junto con la imparcialidad, el principio de neutralidad trata de resaltar que la solución por vía de mediación sólo puede llegar a través de un acuerdo voluntariamente consentido por ambas partes, por sí mismas, sin que el mediador

¹² Este principio asegura la mayor confianza de las partes y contribuye a un mejor desarrollo del proceso. El principio de confidencialidad es aplicable como un equivalente a la reserva sobre la información obtenida a lo largo del procedimiento. Esta obligación incluye la de no revelar ningún dato del que se haya tenido conocimiento a través de la mediación, durante la misma y una vez ésta haya finalizado con o sin acuerdo. Se refiere al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes. No rige en aquellas mediaciones o cuestiones respecto de las cuales las partes expresamente lo acuerden así, y tampoco en aquéllas donde la mediación sea pública porque la ley lo exija.

¹³ Destacamos la buena fe, como un elemento fundamental para la resolución o interpretación del conflicto y la superación de la desconfianza, incluso si no se llega a acuerdos. Así como otros principios, no menos importantes, que están en alguna regulación autonómica, como el de protección a los menores, a los discapacitados y a las personas mayores, previsto en las LMF de Madrid, Castilla-León y Andalucía. También la legislación gallega habla del bienestar y el interés superior del menor. Y es interesante el artículo 10 LMF del País Vasco, que identifica diez principios: (a) voluntariedad; (b) confidencialidad; (c) transparencia; (d) respeto al Derecho; (e) imparcialidad; (f) neutralidad; (g) flexibilidad; (h) debate contradictorio; (i) inmediatez; (j) buena fe, colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes. En Derecho comparado muestra que los ordenamientos también incluyen otros principios, como los de transparencia, flexibilidad, oportunidad o el principio de economía procesal. Libro Blanco de Mediación. También sobre esta cuestión vid. Barona (2013)

¹⁴ En la mediación el eje cardinal del sistema es la figura del mediador. Los principios rectores de su actuación son: libertad de las partes en conflicto y del mediador para participar en los procedimientos de mediación, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, principio de legalidad, deber de no imposición, confidencialidad, protección del bienestar e interés del menor y personas con discapacidad, competencia y ética del mediador, buena fe de las partes en conflicto y del mediador, sencillez y rapidez del procedimiento y otros que, junto con los deberes del mediador familiar en el ejercicio de su profesión, perfilan una actuación reglada de la mediación.

¹⁵ Seguimos en este punto a Martín Diz (2010).

esté facultado para decidir ni pueda imponer a las partes ninguna clase de solución o medida concreta.

Ambos principios están muy relacionados, si bien podemos entender que la diferencia entre ambos reside en que el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes y neutral con respecto al resultado de la mediación. Es propio únicamente de la mediación, no de otro tipo de sistemas, como el arbitraje. Este principio no sólo implica que la mediación es una figura autocompositiva, sino que los valores, criterios y posibles soluciones que el mediador tiene ante los problemas que se le presentan no han de condicionar la decisión a que lleguen las partes, siendo estas las únicas facultadas para alcanzar una solución sobre la controversia existente. Conlleva, por último, no solo una actuación negativa, en el sentido de no tomar partido, sino que va más allá, tratando de situar a las partes en una posición equilibrada desde la que defender sus intereses.

La mediación es un proceso sencillo en el que se pueden destacar las siguientes fases: iniciación, desarrollo y redacción del acuerdo y acta final¹⁶.

En primer lugar, el inicio del procedimiento, al que se da comienzo con una sesión informativa y una sesión constitutiva. En éstas se identifican las partes y se designa al mediador, ya sea de la institución de mediación, o se acepta al designado por una de las partes. Asimismo, se determina el objeto de conflicto que se somete a mediación y el programa de actuaciones. Es preciso que se recoja una declaración de que las partes aceptan de manera voluntaria la mediación. Por último, en esta fase inicial se determinan el lugar de celebración de la mediación y la lengua del procedimiento.

En una segunda fase, una vez constituida la mediación, se deberá firmar el acta de iniciación y comienza lo que es el desarrollo en sentido estricto de la mediación. El proceso se caracteriza por su flexibilidad, de manera que hay libertad para desarrollarlo de la manera que se considere conveniente, dentro del respeto de los principios básicos aplicables a la mediación.

De manera general, se puede decir que en esta fase se va a definir el problema, a centrar el objeto de mediación, para elaborar un programa, un plan de trabajo. Deberá recopilarse toda la información, para lo que es preciso dejar que las partes sean las que definan el problema, las que se hagan conscientes del mismo, de manera que el mediador debe trabajar para lograr este fin ayudando a las partes a definir el objeto del conflicto. Una vez centrado el tema, se realizará un plan de actuación. Es preciso recoger la información para comprender el asunto en toda su dimensión.

Se ponen en marcha todas las técnicas propias de la mediación en un proceso en que las partes deben exponer sus ideas, respecto de las que se hace una clasificación, de manera que estas se analizan explorando sus consecuencias, costes y beneficios. Es preciso acercarse al conflicto, partiendo de que cada conflicto es único, y es función del mediador tratar de comprenderlo, descifrar los distintos elementos que lo componen. Solo se puede actuar como mediador en un proceso si se trata de comprender este en toda su amplitud.

¹⁶ Existen distintos modelos de mediación. El más utilizado entre nosotros y que tiene un mayor reflejo en la Ley es el de Harvard: Este modelo tiene su origen en la escuela de Derecho de Harvard. Se desarrolla bajo una perspectiva contractualista, cuyo objetivo primordial es alcanzar el acuerdo. Para ello aplican técnicas objetivas, sustancialmente ajenas al mundo interno o emocional de las partes en conflicto, con el fin de conducir las partes hacia el acuerdo.

El mediador deberá esforzarse por desbloquear el conflicto, para lo que es preciso que conozca su grado de intensidad en el momento en que está para ambas partes. Con este objetivo el mediador utilizará ciertos métodos conciliatorios, para lo que es preciso legitimar a las partes, equilibrar sus posiciones y crear un ambiente en el que las partes puedan acercarse. Una de las técnicas más utilizadas es la reformulación, mediante la que se va a realizar un eco positivo de la información que recibimos de las partes.

Las técnicas utilizadas en la mediación son la búsqueda de intereses, frente al mantenimiento de posiciones. Esto es, el mediador debe lograr descubrir que es lo que las partes quieren, que hay detrás de lo que reclaman. Irá de un qué se quiere a un porqué se quiere. Y es posible que los intereses se satisfagan con más facilidad que las posiciones, que son las que mantienen inicialmente las partes.

La última fase de la mediación viene dada por la redacción del acuerdo final al que nos referimos a continuación. En primer lugar, debemos señalar que el acuerdo puede ser total o parcial y que éste viene seguido del acta final. Sin embargo, el convenio de mediación, si se quiere convertir en título ejecutivo, debe elevarse a escritura pública. Es decir, su efectividad es la propia de un convenio entre partes privadas documentado públicamente en forma de escritura de esa naturaleza. De tal forma que no se podrá recurrir directamente a un procedimiento de ejecución, sino que se deberá acudir antes a un procedimiento declarativo.

Podría no haber sido necesario, de la misma forma que hoy no es exigible, que los laudos arbitrales se protocolicen. Pero esta diferencia deriva de la distinta naturaleza de los institutos en cuestión: en el arbitraje las partes someten y aceptan la decisión de un tercero; en la mediación son ellas, y solo ellas, las que alcanzan el acuerdo, de modo que su decisión asume naturaleza contractual o convencional y de ahí la exigencia de elevación a público para alcanzar la consideración procesal de título ejecutivo. Todo ello, ya que el mediador no soluciona, no adopta decisión.

En definitiva, en estos procesos el mediador no soluciona, no adopta decisión alguna sobre la mejor solución del conflicto, sino que simplemente canaliza el debate de manera ordenada y conforme a los principios de la buena fe para tratar de conseguir que las partes solucionen el conflicto, del propio proceso resulta un beneficio añadido a la mediación, que esta, frente a otros posibles sistemas, trata no solo de resolver el conflicto sino también de mejorar las relaciones. En este sentido, la mediación tiene a su vez una función preventiva que evita en muchos casos que el conflicto degenera en una situación más grave.

La mediación propone una solución de mayor calado al conflicto de que se trate, en el sentido de que, frente a lo que ocurre con los métodos ordinarios de resolución de conflictos, o incluso con otros sistemas alternativos, como es el arbitraje, la resolución pasa porque una parte gana y la otra pierde aun cuando sea de manera parcial o total. En cambio, la mediación pretende, no sólo resolver el conflicto, sino que se tiene en cuenta el interés mutuo frente a las posturas individualistas y se trata de llegar a soluciones que satisfagan a todas las partes. Ya que, finalmente, son las partes quienes deciden los acuerdos que van a adoptar y ya que ha habido una participación activa de las mismas, aquéllos suelen ser más duraderos y respetados que los que son impuestos por terceros.

3. Mediación intercultural

De manera más concreta, nos referimos a la denominada mediación intercultural, como modalidad de intervención de terceras partes neutrales entre actores sociales

o institucionales en situaciones sociales de interculturalidad significativa, en la cual la persona que ejerce como mediador tiende puentes o nexos de unión entre esos distintos actores o agentes sociales con el fin de prevenir y/o resolver y/o reformular posibles conflictos y potenciar la comunicación, pero sobre todo con el objetivo último de trabajar a favor de la convivencia intercultural.

Su objetivo final es favorecer la convivencia intercultural, trabajar en la construcción de una sociedad donde la diversidad no implique necesariamente una conflictividad insuperable, sino nuevas formas de relación social construidas a partir de la gestión y reformulación del conflicto y la riqueza que conllevan los contextos pluriculturales. Trabajar a favor de esta convivencia supone, pues, trabajar a favor de la cohesión social y de una integración de todos los individuos y grupos en un plano de igualdad.

En concreto, la mediación intercultural es una modalidad de intervención de terceras partes neutrales entre actores sociales o institucionales en situaciones sociales de interculturalidad significativa, en la cual la persona que ejerce como profesional tiende puentes o nexos de unión entre esos distintos actores o agentes sociales con el fin de prevenir y/o resolver y/o reformular posibles conflictos y potenciar la comunicación, pero sobre todo con el objetivo último de trabajar a favor de la convivencia intercultural.

El mediador debe conocer en profundidad las distintas culturas que están involucradas en un supuesto dado de mediación intercultural. No es un interlocutor que actúa como mero intérprete, sino que su labor se engloba en la actuación característica del mediador, tal y como se ha planteado al referirnos a la mediación como técnica general de resolución de conflictos. De ahí que, en este ámbito de mediación intercultural, es preciso conocer aspectos que van más allá del lenguaje y que conforman la cultura de las personas afectadas, de acuerdo, como hemos insistido, con una concepción amplia del término cultura¹⁷.

Su objetivo, en definitiva, es favorecer la convivencia intercultural, trabajar en la construcción de una sociedad donde la diversidad cultural no implique necesariamente una conflictividad insuperable, sino nuevas formas de relación social construidas a partir de la gestión y reformulación del conflicto y la riqueza que conllevan los contextos pluriculturales. Trabajar a favor de esta convivencia supone, pues, trabajar a favor de la cohesión social y de una integración de todos los individuos y grupos en un plano de igualdad.

Además, la mediación puede cumplir con otras funciones. Específicamente, puede hablarse de funciones de carácter preventivo. La mediación permite conocer el estado de la conflictividad social y deviene, en sí misma, en una herramienta de prevención. Asimismo, pueden atribuírsele funciones de carácter educativo y, por último, funciones de carácter reparador¹⁸.

4. El Defensor del Pueblo como mediador

Debido a que la política intercultural solo puede construirse sobre una plataforma democrática, lo que supone igualdad y no discriminación, el Estado debe ser activo. La pregunta es cómo de activo debe ser el papel del Estado en el caso de que asuma políticas interculturalistas. Es decir, la clave está en si el interculturalismo es

¹⁷ Sobre mediación intercultural vid. Giménez Romero (1997), Giménez Romero (2003) y AEP Desenvolupament Comunitari y Andalucía Acoge (2002).

¹⁸ Vid. Libro Blanco de Mediación (2011).

coherente con una democracia de orden puramente liberal o si exige, además, políticas propias de un Estado social que promuevan las condiciones suficientes para una verdadera integración en el sentido del artículo 9.2 de la Constitución: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los individuos en la vida política, económica, cultural y social”.

Es evidente, y resulta de lo ya expuesto, que la posición del Estado debe ser activa, dando exacto cumplimiento al contenido del artículo 9.2 de la Constitución.

El papel del Defensor del Pueblo en la identificación de las necesidades en este marco mucho más complejo debería ser fundamental si utilizara en este sentido la información con que cuenta a través de la cantidad de quejas que recibe y su contacto directo con la Administración.

Un Estado intercultural en un sentido amplio cuenta con estos instrumentos para una mayor integración. El Defensor del Pueblo debe ser una institución al servicio de la integración, como derivación de la igualdad. Así, se ponen en relación igualdad e interculturalismo como formas de poner fin a una discriminación social o estructural. La discriminación estructural deriva y es consecuencia de la propia organización social y el mantenimiento de estereotipos. En este escenario, con estos cambios sociales tan determinantes, sin duda el Defensor del Pueblo puede realizar un papel significativo. Colaborar a una mejor convivencia democrática, entendida como manifestación de la cultura de la paz y como forma de prevención de la violencia, mediante el desarrollo de las condiciones que protegen contra dicho riesgo.

Como se ha señalado, el interculturalismo está, además, evidenciando una serie de conflictos nuevos, o al menos que se producen en mucho mayor grado que en tiempos anteriores, que buscan nuevos cauces de solución de los mismos, y aconsejan la utilización de mecanismos específicos y alternativos de resolución de conflictos, entre los que desarrolla una función muy útil la mediación, y muy especialmente, la mediación intercultural. El Defensor del Pueblo debe incluir la mediación como forma de trabajo puesto que, por cómo ha sido configurado, puede desarrollar perfectamente este papel en las situaciones en que resultara conveniente. Puede ser especialmente relevante la actuación del Defensor como mediador en conflictos entre asociaciones, sobre todo en procedimientos especialmente complejos y con implicación de múltiples intereses.

Debemos volver a la diferencia ya apuntada sobre arbitraje y mediación. La mediación es, como sabemos, una forma autocompositiva o no adversarial, que incluye también la prevención del conflicto, frente a la vía heterocompositiva o adversarial, que es la propia del arbitraje.

El arbitraje no tendría encaje con la Institución del Ombudsman porque ni el Defensor del Pueblo es un abogado en ejercicio ni puede serlo dadas sus incompatibilidades. La razón primera es que no resulta coherente con su naturaleza, independientemente de su concepción en Derecho o en equidad, ni tiene sentido convertir las defensorías en sedes arbitrales con la consecuente modificación de la

estructura orgánica y de funcionamiento del Defensor del Pueblo que esto conllevaría¹⁹.

Un tema distinto es que se pudiera plantear la conveniencia de que las partes se sometieran a un arbitraje y, en tal sentido, sugerir o recomendar el sometimiento de la resolución del conflicto a un tercero que actúe como árbitro. Pero, desde nuestro punto de vista, el Defensor del Pueblo no podría en ningún caso actuar como árbitro ni formar parte de una institución arbitral. Tan solo podría recomendar la posibilidad de utilizar esta vía de resolución de conflictos en determinadas situaciones, siempre que considere que pudiera ser adecuada.

Volviendo al tema de la mediación para ponerla en relación con el Defensor del Pueblo, partimos de que el Ombudsman actúa como una entidad dirigida a tratar con conflictos entre la sociedad civil y el sector público, que le corresponde el control de legalidad, tanto como ayudar a prevenir el conflicto social. La mediación puede resultar un instrumento de clara utilidad en manos del Ombudsman, especialmente frente a problemas de carácter colectivo. La mediación, como se ha señalado, en referencia a las funciones que debería tener el Ombudsman en Iberoamérica, “*trabaja para llegar a un acuerdo que permita la solución de un conflicto se consigue una solución que va más allá de una recomendación moral, estableciendo un equivalente a un laudo arbitral ya que al firmarse el acuerdo que se ha hecho a través de la mediación, éste adquiere una relevancia jurídica más fuerte que el de un laudo arbitral*” (Celi Maldonado, 2015: 33).

De manera más concreta, la cuestión de si es, o no, posible que actúe como mediador, exige con carácter previo una reflexión acerca de las funciones y límites materiales de actuación del Defensor. La Constitución atribuye en su artículo 54 al Defensor del Pueblo la función de defensa de los derechos comprendidos en su Título I. “*El Defensor del Pueblo es el órgano independiente que garantiza el desarrollo, ni la propia práctica de la Institución han hecho que la labor del Defensor del Pueblo se deba entender circunscrita a alguna sección o capítulo concreto, sino que ejerce su función en relación con todo el contenido del Título I. Quizá, de hecho, sus funciones se han centrado en mayor medida en la defensa de los derechos de contenido social como consecuencia de la menor protección de éstos.*”

¹⁹ Hay, sin embargo, opiniones favorables a esta posibilidad. “*Creemos puede afirmarse que el Defensor del Pueblo puede asumir funciones de arbitraje de equidad por las siguientes resumidas razones. En primer lugar por cuanto la ley de Arbitraje no establece prohibición expresa alguna ni exclusión alguna en relación con el Defensor del Pueblo para llevar a cabo este arbitraje. En segundo lugar porque si hay un órgano idóneo por su imparcialidad para cualquier arbitraje ese órgano es el Defensor del Pueblo. En tercer lugar por cuanto, como creo que ha quedado demostrado, las funciones que el Defensor del Pueblo puede asumir para el mejor cumplimiento de las competencias que constitucional, estatutaria y legalmente le han sido asignadas no están tasadas y cerradas siendo perfectamente viable que asuma estas funciones. En cuarto lugar por cuanto el artículo 107.2 de la LPAC expresamente permite el arbitraje a la Administración que es la persona cuya actividad debe controlar el Defensor del Pueblo en caso de eventual colisión de esta actividad con los derechos fundamentales. Para ello es conveniente, a nuestro juicio, (al igual que así lo consideramos en el caso de la mediación) que se prevea tal posibilidad arbitral en una ley específica. Esta cobertura legal específica puede ser perfectamente otorgada a través de la oportuna inclusión de estas facultades arbitrales en una reforma de las leyes institucionales del Defensor del Pueblo y de los distintos comisionados autonómicos. En nuestra Comunidad esta revisión y esta ampliación de facultades se debería llevar a efecto a través de la reforma de la ley 9/83 de 1 de diciembre del defensor del Pueblo Andaluz” (Rivero Isern, 1997).*

Tampoco se especifica si tiene carácter prioritario la defensa de los derechos o si su función principal es la labor supervisora de la actividad de la Administración. Desde nuestro punto de vista, la función del Defensor del Pueblo es la defensa de los derechos, aunque se haga referencia a la supervisión de la Administración, como medio típico, esto no quiere decir que su marco funcional esté limitado. Al contrario, las facultades del Defensor y de los Comisionados Parlamentarios no están tasadas, especialmente en lo que afecta a la defensa de los derechos del Título I (Pérez-Ugena Coromina, 1996).

De hecho, el Defensor del Pueblo está facultado, como sabemos, para realizar otras funciones encaminadas a la protección de derechos que no tienen por objeto la supervisión de la Administración. Así, interponer recursos de amparo y recursos de inconstitucionalidad. Además, puede sugerir a la Administración, de acuerdo con su Ley Orgánica reguladora, -LODP 3/1981, de 6 de abril-, la modificación de los criterios utilizados para la producción de sus actos y resoluciones. Se prevé asimismo que, si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, pueda sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma. También dentro de la citada Ley está prevista la redacción de Informes Especiales y Extraordinarios sobre situaciones, circunstancias, hechos, que puedan aconsejar una investigación singular sobre unos determinados problemas que pudieran vulnerar derechos y que no tienen que ir referidos a la Administración.

De este modo, sí sería posible, desde nuestro punto de vista, que el Defensor del Pueblo actúe como mediador en conflictos sociales, además de que resultaría aconsejable que incluyera las técnicas de mediación en la resolución de algunas quejas planteadas, así como que inste a la Administración Pública y a los particulares a que orienten sus posiciones hacia la búsqueda de soluciones convencionales. Es evidente que no puede suplantar la toma de decisiones que corresponde a las distintas administraciones, pero sí puede intentar en algunos casos acercar posturas y eliminar puntos de fricción, buscar puntos de encuentro, es decir, mediar entre las partes en conflicto.

La actuación como mediador podría desarrollarse principalmente en el campo de la potestad discrecional de la Administración. Entendemos, sin embargo, que independientemente de que el conflicto surja como consecuencia de una actuación de la Administración pública, el Defensor del Pueblo puede mediar. No hay una prohibición en ese sentido y la función de mediar no desvirtuaría la naturaleza del Defensor, ni altera sus competencias, por lo que no se precisa de una habilitación especial. Sin embargo, le daría un papel singular y dotado de mayor visibilidad. Sería un paso más en el que no se trata solo de que pueda utilizar técnicas propias de la mediación en la resolución de algunas quejas, sino de que pueda actuar como mediador²⁰.

²⁰ Ya en el año 1997 se abordó detenidamente este tema en las XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo. Algunos autores lo describen como "salvo que los conflictos surjan como consecuencia de una actuación u omisión administrativa en el marco de su actividad gestora de los servicios públicos o en el ámbito de su labor de intervención" Rivero Isern (1997) o Markiegi Candina (1997), para quien se trataría en todo caso de una mediación atípica, destaca especialmente la característica de neutralidad exigida al mediador y que no corresponde al Defensor del Pueblo. Sin embargo, hubo posturas favorables en las que se destacaron sus ventajas, Girón Caro (1997), aunque insistiendo en la necesidad de una nueva Ley, o modificación de la norma existente, en la que se contemplara expresamente esta posibilidad. O quien era el propio Defensor del Pueblo en aquél entonces, Álvarez de Miranda (1997) o Roviras Viñas (1997).

Lo que hace compatible al Defensor del Pueblo con la mediación es que son las partes qui f rmu r d mutu u rd Df r “m d rá” entre las dos en la búsqueda de ese acuerdo. Debería contemplarse como una posibilidad, que tuviera lugar en los casos en que la propia institución lo considere conveniente, no tratándose de un cauce obligado para las partes, pues es contrario a la naturaleza misma de la mediación, ni para el Defensor del Pueblo que debe, en cada caso, determinar la conveniencia de actuar en una mediación. En todo caso, el Defensor del Pueblo está obligado por el principio de legalidad, y el respeto a los derechos humanos es un límite infranqueable en cualquier actuación.

Contamos además con ciertas referencias en el derecho autonómico, de manera que hay leyes autonómicas de regulación de los Defensores del Pueblo que prevén la posibilidad de utilizar fórmulas de conciliación o de acuerdo en la resolución de algunas quejas planteadas²¹. De hecho, nos hemos referido en este trabajo a la figura del Defensor del Pueblo, pero son igualmente susceptibles de realizar estas funciones los comisionados parlamentarios autonómicos. No sería análoga a estos efectos, sin embargo, la figura del Defensor del Pueblo Europeo pues no participa de la misma naturaleza del Ombudsman continental²².

Es preciso insistir, por último, en que sería imprescindible que el proceso fuera aceptado previamente por ambas partes en conflicto, que es exigencia implícita a la mediación por su carácter voluntario. No son realmente mediaciones las que tienen carácter obligatorio en cuanto a que las partes no acuden a la misma voluntariamente, aunque se les quiera dar esta denominación ni tampoco aquellas qu “d ó”d u u t m d d r mpone a las partes aún cuando estas sí se hubieran sometido voluntariamente a la decisión del mediador, estaríamos entonces ante un arbitraje, no ante una mediación.

5. Conclusiones

Primera. Los cambios sociales que se han producido en los últimos años determinados, entre otros factores, por los enormes flujos migratorios recibidos, han llevado a un tipo de sociedad mucho más plural y compleja que podemos definir m “tr u tur”. E t u m r tru b r u r comunes que nos dan las pautas mínimas que deberá asumir el conjunto de la

²¹ En la regulación del Sindic de Greuges: artículo 4, dentro de sus competencias. j). Promover la conciliación y llevar a cabo, si procede, dentro de su ámbito de actuación, funciones de mediación o de composición de controversias. En su desarrollo, en el artículo 49: fórmulas de concertación “E Sindic de Greuges, en el marco de lo establecido en la legislación vigente, puede proponer a las administraciones, organismos, empresas y personas que son objeto de un procedimiento de investigación y a las personas afectadas fórmulas de conciliación, de mediación o de composición de controversias que faciliten la resolución del procedimiento. El artículo 50: requisitos y régimen aplicable 1. La intervención del Sindic de Greuges en un conflicto, para llevar a cabo en éste funciones de conciliación, de mediación o de composición de controversias, requiere el previo consentimiento de las partes implicadas en el procedimiento de investigación. 2. En ejercicio de las funciones de conciliación, el Sindic de Greuges reúne a las partes implicadas y promueve el acercamiento entre ellas. 3. En ejercicio de las funciones de mediación, el Sindic de Greuges organiza el intercambio de puntos de vista entre las partes implicadas, propicia que lleguen a un acuerdo y formula propuestas de resolución del conflicto, desprovistas de carácter vinculante, para que los afectados puedan decidir libremente a partir de estas propuestas. 4. En ejercicio de las funciones de composición de controversias, el Sindic de Greuges resuelve el procedimiento mediante una decisión de carácter dirimente, conforme a la normativa aplicable. Por su parte, la ley reguladora del Justicia de Aragón, en el 22.3 3: dentro de las sugerencias formuladas por el Justicia podrá encontrarse la proposición de fórmulas de conciliación o acuerdo para solventar un problema determinado y, por fin, la Ley del Procurador del Común de Castilla y León, en su art. 20.1, 1. El Procurador del Común de Castilla y León puede proponer a los organismos y autoridades afectados, en el marco de la legislación vigente, fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas.

²² En este sentido Carballo Martínez (2008).

ciudadanía. Tales valores son los que se corresponden con nuestra Constitución en una interpretación conforme con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la misma y exigen especialmente hacer valer los principios de libertad e igualdad real y efectiva para la integración de todos los ciudadanos.

Segunda. La integración efectiva en sociedades interculturales precisa de una serie de acciones en el marco del artículo 9.2 de la Constitución. El interculturalismo exige políticas propias de un Estado social, en el que los poderes públicos deben tomar un papel activo, que se comprende en su sentido más completo y profundo solo dentro de un marco de acción del Estado.

Tercera. Las sociedades más complejas se enfrentan a ciertos retos, entre ellos, la necesidad de resolver conflictos antes inexistentes. La mediación es una opción muy conveniente que debe ser explorada para su uso como medio de solución de conflictos y mejora de las relaciones. Frente a otros medios de resolución de conflictos, cuenta con una serie de ventajas, entre ellas, que son las partes quienes llegan a la solución y que no sólo está dirigida a la resolución del problema sino a la mejora de las relaciones.

Cuarta. Dentro de los poderes públicos, la institución del Defensor del Pueblo está llamada a tener un papel relevante en esta función. La mediación es un sistema autocompositivo, por lo que son las partes implicadas en el proceso las que han de encontrar una solución a su conflicto, no delegando en una tercera persona la decisión sobre el mismo. Por ello mismo, el mediador debe mantenerse en un plano neutral, imparcial y equidistante entre las partes. No se trata de que el Defensor del Pueblo dicte un acto que sea obligado por las partes, no sería propio a su naturaleza pues la capacidad del Defensor del Pueblo se basa en su auctoritas, no es su potestas. Por este motivo, puede actuar básicamente como un canal de la comunicación dirigido a ayudar a las partes a negociar y alcanzar por ellas mismas una solución. Deberá ser el Defensor del Pueblo quien decida en cada supuesto de la conveniencia de actuar como mediador en un conflicto.

Bibliografía

ALVAREZ DE MIRANDA, F. (1997), *XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*. Disponible en: <http://www.defensordelmenordeandalucia.es/xii-jornadas-de-coordinacion-de-defensores-del-pueblo> (fecha de consulta el 20 de noviembre de 2017).

AEP DESENVOLUPAMENT COMUNITARI y ANDALUCÍA ACOGE (2002), *Mediación intercultural. Una propuesta para la formación*, Popular, Madrid.

BARONA, S. (2013), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

CARBALLO MARTÍNEZ, G. (2008), *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo-Thomson Aranzadi, Madrid.

CELI MALDONADO, A. (2015) “Relatoría del XVIII Seminario Internacional de la Federación Iberoamericana del Ombudsman: El Nuevo Rol del Ombudsman. En el Panel II: El Ombudsman en su rol de: Mediador, Facilitador, Conciliador o Garante de los Derechos Ciudadanos. Documento de Trabajo núm. 19-2015” *Programa regional de apoyo a las defensorías del pueblo de Iberoamérica*. Universidad de Alcalá.

CÓDIGO DE CONDUCTA EUROPEO PARA MEDIADORES (2004). Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf (fecha de consulta el 20 de noviembre de 2017).

ELÓSEGUI ITXASO, M. (2010), "El modelo de interculturalidad en el informe de la Comisión Bouchard-Tardif sobre Québec" *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 11.

GIMÉNEZ ROMERO, C. (1997), "La estructura del modelo de integración" *Revista de Migraciones*, núm. 2.

GIMÉNEZ ROMERO, C. (2003), *Qué es la inmigración ¿Problema u oportunidad? ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? ¿Multiculturalismo o interculturalidad?*, RBA Libros, Barcelona.

GIRON CARO, C. (1997), *XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*. Disponible en: <http://www.defensordelmenordeandalucia.es/xii-jornadas-de-coordinacion-de-defensores-del-pueblo> (fecha de consulta el 20 de noviembre de 2017).

GUILLÉN GESTOSO, C., MENA CLARES, J, RAMOS RUIZ, E. y SÁNCHEZ SEVILLA, S. (2005), "Aproximación genérica a la mediación". E SÁNCHEZ PÉREZ J. (Coord.), *Aproximación interdisciplinaria al conflicto y a la negociación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz.

INFORME HOW THE WORLD VIEWS MIGRATION (2015). Disponible en: <http://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/How-the-World-Views-Migration-Gallup-flyer.pdf> (fecha de consulta 20 de noviembre de 2017).

LIBRO BLANCO DE MEDIACIÓN (2011). Disponible en: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/lilibro_blanco_mediacion.pdf (fecha de consulta el 20 de noviembre de 2017).

LIBRO VERDE SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL (2002). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI33189> (fecha de consulta 21 de noviembre de 2017).

MARKIEGI CANDINA, X. (1997), *XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*. Disponible en: <http://www.defensordelmenordeandalucia.es/xii-jornadas-de-coordinacion-de-defensores-del-pueblo> (fecha de consulta el 20 de noviembre de 2017).

MARTÍN DIZ, F. (2010), *La Mediación: Sistema complementario de la Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid.

MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M. (2006), *Tratado de Derecho Arbitral*. Civitas, Madrid.

ORDOÑEZ SOLOS, D. (2009), "La estructura del modelo de integración" *Diario La Ley*, núm. 7165.

PÉREZ-UGENA COROMINA, M. (1996), *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid.

RIVERO ISERN, J. L. (1997), *XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*. Disponible en: <http://www.defensordelmenordeandalucia.es/xii-jornadas-de-coordinacion-de-defensores-del-pueblo> (fecha de consulta el 20 de noviembre de 2017).

ROVIRAS, VIÑAS, A. (1997), *XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*. Disponible en: <http://www.defensordelmenordeandalucia.es/xii-jornadas-de-coordinacion-de-defensores-del-pueblo> (fecha de consulta el 20 de noviembre de 2017).

RUIZ VIEYTEZ, E. (2007), “C t t u ó m u t u t u r m . U valoración del art u 27 d C r t C d d D r h L b r t d ” , *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80.

TENORIO SÁNCHEZ, P. (2014) “Mut u t u r m E t d Social y Democrático d D r h”. En TENORIO SÁNCHEZ, (Dir.) *La libertad de expresión: su posición preferente en un entono multicultural*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

La impunidad en Brasil: causas y consecuencias

Impunity in Brazil: causes and consequences

Hélder Ferreira do Vale
 Hanuk University of Foreign Studies
 helder@hufs.ac.kr

Recibido / received: 31/12/2017
 Aceptado / accepted: 05/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4158>

Resumen

El artículo busca entender las causas y consecuencias de la impunidad en Brasil. Para ello, el artículo trata la impunidad como consecuencia de factores institucionales y estructurales que sobreviven y se han reafirmado en la sociedad brasileña a lo largo de décadas. Las causas institucionales y estructurales de la impunidad –el sistema de recursos de apelación, la prescripción del crimen, la falta de capacidad del Estado, y la vulnerabilidad socioeconómica de determinados grupos sociales– son determinantes para la creación de una cultura que normaliza el no cumplimiento de penas, la falta de celeridad en los juicios y la aplicación de penas blandas. Con el objetivo de examinar estas causas y sus manifestaciones en varios ámbitos, el artículo identificó cuatro casos emblemáticos –la matanza de jóvenes frente a la Iglesia de la Candelaria en Rio de Janeiro en 1993, el asesinato del recolector de cauchos Chico Mendes en 1988, la corrupción en la Comisión de Presupuestos de la Cámara de Diputados en 1994 y la ruptura de la represa de residuos minerales en Mariana en 2015– que ilustran la existencia de factores institucionales y estructurales propulsores de la impunidad. A través de esos casos el artículo contempla varios delitos que incluyen crímenes de corrupción, ambiental y asesinato colectivo, y enfoca la resolución de cada uno de los casos destacando los elementos de impunidad. El análisis ilustra la impunidad de estos casos que revelan la constante incapacidad del Estado y de la sociedad en Brasil de hacer justicia.

Palabras clave

Impunidad, justicia, ciudadanía, corrupción, derechos, Brasil.

Abstract

The article seeks to understand the causes and consequences of impunity in Brazil. With this purpose, the article treats impunity as a consequence of institutional and structural factors that survive and have been reaffirmed in the Brazilian society over the decades. The institutional and structural causes of impunity –the system of appeals, the prescription of crime, the lack of state capacity, and the socioeconomic vulnerability of certain social groups– are determinants for the creation of a culture that normalizes non-compliance of sentences, the lack of speed in the trials and the application of soft sentences. With the aim of examining these causes and their manifestations in several areas, the article identified four emblematic cases –the killing of teenagers in front of the Church of Candelaria in Rio de



Janeiro in 1993, the murder of rubber tapper Chico Mendes in 1988, corruption in the Budget Committee of the National Chamber of Deputies in 1994 and the rupture of the mineral waste dam in Mariana in 2015– illustrating the existence of institutional and structural factors that foster impunity. Through these cases, the article contemplates several crimes that include corruption and environmental crimes as well as collective murder and focuses on the resolution of each of the cases, highlighting the elements of impunity. The analysis shows high levels of impunity that reveal the constant inability of the State and society in Brazil to carry out justice.

Keywords

Impunity, justice, citizenship, corruption, rights, Brazil.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El contexto de la impunidad en Brasil. 3. Ámbitos de impunidad en el sistema jurídico brasileño. 4. Estudios de caso. 5. Conclusión.

1. Introducción

El tema de la impunidad cobra cada vez mayor atención académica. Hay varias explicaciones posibles para el creciente interés en el fenómeno de la impunidad, las cuales pueden ser las siguientes: que se asocia con una mayor sensibilidad a los Derechos Humanos, el creciente número de democracias en todo el mundo o la transparencia en el funcionamiento de las instituciones. El fenómeno de la impunidad es relevante, ya que tiene un impacto directo en la calidad de vida de los ciudadanos y en el funcionamiento de las instituciones democráticas.

Este artículo tiene el objetivo principal de comprender la impunidad en Brasil. Para analizar la impunidad, que se interpreta principalmente como la falta de rendición de cuentas en los procesos judiciales (Orentlicher, 2005: 6), el artículo presupone que existen raíces históricas de impunidad en Brasil y que su efecto reforzador en el tiempo, se ha asimilado en el país en forma de cultura. Acercarse a la impunidad como cultura implica que no se espera que los perpetradores de crímenes sean responsables de sus fechorías. Esta expectativa generalizada tiene algunas causas y consecuencias que este artículo intentará explicar¹.

Aunque el término impunidad se ha utilizado más ampliamente en los últimos años, a menudo ha carecido de una definición clara. La definición desarrollada en este artículo considera los elementos contextuales, así como los componentes estructural-institucionales. Los dos componentes principales de esta dimensión estructural-institucional son las nociones de ciudadanía y justicia. El contexto de la impunidad a menudo se caracteriza por la ausencia o la aplicación deficiente de derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y humanos). En este contexto, la ciudadanía, que simplemente se entiende como el conjunto de derechos reconocidos por el Estado y que existe en el ámbito estatal (Isin y Turner, 2007: 14), no se ejerce por igual, no solo por los desafíos institucionales sino también por los problemas sociales y culturales (Young, 1990). Este ejercicio desigual de la ciudadanía obstaculiza la capacidad del Estado para impartir justicia, ya que el sistema de leyes se aplica selectivamente. Este descuido de los derechos y la justicia por parte del Estado empuja a los ciudadanos a un estado de “no ciudadanía” (Tonkiss y Bloom, 2015). Ante estas consideraciones, la impunidad se

¹ El análisis del fenómeno de la impunidad como causa y consecuencia indica que este fenómeno es considerado tanto una variable independiente como dependiente (Le Clercq et al., 2015).

define aquí como la negación sistemática de la ciudadanía que conduce a la selectividad de facto en la aplicación de las leyes y, por lo tanto, a la injusticia.

Teniendo en cuenta que la cultura de la impunidad es el resultado de una negación sistemática de la ciudadanía y de la justicia, la ciudadanía tiene una expectativa generalizada de que poco se puede hacer para que la impunidad no prevalezca. Dado que esta noción no está necesariamente relacionada con la falta de un sistema legal, es posible sugerir que la impunidad como cultura respalda la injusticia y socava una eventual restauración del Estado de Derecho. Este artículo entiende la cultura de la impunidad como la persistente expectativa de ilegalidad en la vida cotidiana de los ciudadanos. Cuanto más profunda sea esta cultura de la impunidad, menores son las expectativas de que prevalezca el Estado de Derecho. De hecho, la impunidad quebranta la legalidad. Sin embargo, esta no se define necesariamente como la falta de leyes en un sistema legal (Viñuela, 2007). En cambio, es la falta intencional y no intencional de aplicación del sistema de leyes.

Con base en la definición de impunidad antes mencionada, es posible identificar la presencia de una cultura de la impunidad en Brasil por varias razones. Primero, los brasileños son escépticos sobre la aplicación de la justicia. Una encuesta realizada por el Instituto Brasileño de Investigación Económica Aplicada (IPEA) en 2010, indicó que los peores aspectos del sistema de justicia en Brasil son la falta de celeridad en el ejercicio de la justicia y la parcialidad de las instituciones judiciales (IPEA, 2010). En segundo lugar, existe una fuerte percepción de que las leyes son suaves para castigar el crimen en Brasil. Una encuesta anual, el Índice de Confianza en la Justicia, conocido como ICJBrasil, realizado por la Fundación Getúlio Vargas, muestra que la principal causa de la impunidad es la percepción de que las leyes son blandas entre aproximadamente el 39% de los encuestados (FGV, 2011). Y, en tercer lugar, los ciudadanos tienen poca confianza en las instituciones que se supone deben llevar a cabo justicia (por ejemplo, la Policía, los Tribunales). En 2013, una encuesta de Transparencia Internacional en Brasil sugirió que aproximadamente el 50% de los encuestados percibía el Poder Judicial como corrupto y alrededor del 70% creía que la Policía es corrupta (Transparencia Internacional, 2013). Estas indicaciones de presencia de una cultura de la impunidad en Brasil son manifestaciones de causas institucionales.

Las causas del establecimiento de esta cultura de la impunidad en Brasil son muchas². Históricamente, la violencia sistemática contra los ciudadanos ha sido llevada a cabo por el Estado brasileño. Vale la pena recordar que Brasil se fundó sobre la base social y económica de la esclavitud, siendo el último país del planeta en abolir la esclavitud en 1898. Además de los microfundamentos de la impunidad afincados en el periodo colonial y del origen de Brasil como República (Carvalho Filho, 2004), los diferentes regímenes autocráticos bajo los que se ha gobernado Brasil reforzaron aún más la impunidad.

Estructuralmente, el acceso diferenciado a las instituciones judiciales y la aplicación desigual de las sentencias han favorecido a las élites (Pastana, 2007). Esto significa que las condiciones socioeconómicas de los ciudadanos podrían

² La impunidad también puede ser asociada a las diferentes formas de relaciones de denominación social establecidas en el proceso de formación histórico de Brasil. Autores clásicos de la evolución histórica de la sociedad brasileña señalan las relaciones de dominación social como elemento central en la formación de patrones culturales en Brasil. Estas relaciones de dominación con frecuencia están relacionadas al patrimonialismo, patriarcalismo y divisiones de raza y clase. Moreira Leite (2002), por ejemplo, explica como la cuestión racial ha tenido un rol determinante en la creación de un carácter nacional brasileño. Asimismo, Buarque de Holanda (1995) apunta el patrimonialismo como una característica importante del espacio público en Brasil.

determinar no solo el acceso a la justicia, sino también cómo uno va a ser castigado por los delitos cometidos. Esta base selectiva de justicia, que tiene un componente socioeconómico, conduce a la impunidad en Brasil.

Institucionalmente, la aplicación laxa y retrasada de las sentencias parece ser uno de los principales elementos de la impunidad en Brasil. El resultado final de esto es un sistema con los mecanismos judiciales para castigar crímenes, pero debilitado en la aplicación de las leyes. El sistema de recursos y la capacidad institucional son componentes que contribuyen al mal funcionamiento del sistema de justicia, lo que a su vez conduce a la impunidad.

Hay muchas consecuencias de la impunidad. Uno de los más notorios es su autorrefuerzo, lo que indica que la impunidad puede estar bajo un mecanismo de “trayectoria dependiente” (*path dependence*). Otras consecuencias incluyen la deslegitimación de las instituciones públicas, la sensación generalizada de desconfianza y el posible aumento de la inseguridad y la violencia. En el caso particular de Brasil, las consecuencias de la impunidad se pueden ver en la percepción generalizada de la injusticia (Scalon, 2017), el intento de criminalizar a los grupos sociales vulnerables (Bignotto, 2007), la existencia de más incentivos para los delitos (Lima et al., 2015: 125), y el comprometimiento de la armonía social (Habib, 1994).

Centrándose en las causas estructurales e institucionales de la impunidad, este artículo se desarrollará a la luz de casos emblemáticos –la matanza de jóvenes de la Candelaria en 1993, el asesinato del sirguero Chico Mendes en 1988, la corrupción en la Comisión de Presupuestos del Congreso en 1994 y la ruptura de la represa de residuos minerales en Mariana en 2015– que ilustran el alcance de la cultura de la impunidad en Brasil. Los cuatro casos de impunidad en los que se centrará este artículo están relacionados con crímenes perpetrados por actores públicos, ejemplo de la violencia policial y la corrupción política, así como por actores privados involucrados en el asesinato del líder de un movimiento social y la promulgación de crímenes ambientales. Estos diferentes crímenes ilustran que, independientemente del tipo de delito, existe una probabilidad de impunidad en la resolución de dichos crímenes. La impunidad en Brasil ha manifestado características como la falta de celeridad en llevar los procedimientos judiciales a una sentencia que castiga a los perpetradores de delitos. Además, los crímenes impunes reflejan la estructura de la sociedad en la que los perpetradores a menudo se encuentran en posiciones socioeconómicas relativamente privilegiadas vis-à-vis a las víctimas.

El artículo tiene un total de cinco secciones (incluida esta) y está estructurado de la siguiente manera. La siguiente sección examina el contexto de la impunidad en Brasil a la luz de algunas interpretaciones teóricas. En la tercera sección, el artículo analiza las tres instancias de impunidad en Brasil (corrupción política, asesinato por disputa de tierras, violencia policial contra menores pobres y delitos ambientales). La cuarta sección muestra a través de cuatro casos cómo la impunidad se manifiesta. La última sección concluye sugiriendo que la cultura de la impunidad está profundamente arraigada en dinámicas sociales e institucionales brasileñas.

2. El contexto de la impunidad en Brasil

La impunidad está profundamente arraigada en Brasil (Holston, 2009: 287). Como se dijo anteriormente, esta impunidad afincada ha dado lugar a una cultura de la impunidad. Para avanzar en el estado de impunidad en Brasil, es necesario situar la impunidad en Brasil vis-à-vis otros países.

El Índice Global de Impunidad sitúa a Brasil en el primer lugar del ranking de impunidad (IGI, 2017)³. Con base en este índice, de 69 países, Brasil ocupa la 7ª posición entre los países con mayor nivel de impunidad. Las peores categorías de impunidad en Brasil son el respeto a los Derechos Humanos y el sistema de seguridad estructural. En otro índice, el Índice de Impunidad del Comité para la Protección de los Periodistas (CPJ, 2017), que clasifica al país en base a crímenes impunes contra periodistas, Brasil aparece una vez más como un país con alta impunidad. En este índice, Brasil figura entre los 12 países con el mayor número de asesinatos de periodistas sin resolver, ocupando el octavo puesto. Estos índices revelan lo alto que, en términos comparativos, Brasil se encuentra entre los países con mayor impunidad a nivel mundial.

A la luz de la gran impunidad, es importante describir las características del contexto de impunidad en Brasil. Este contexto de impunidad presenta algunos elementos centrales identificados en la creciente literatura sobre impunidad. El contexto de impunidad a menudo se caracteriza por la existencia de violencia e inseguridad (Le Clercq, 2015), un legado persistente de regímenes autoritarios (Villalon, 2016) y la falta de acceso a un sistema de justicia eficaz y eficiente (Cooper, 1999).

A continuación, discutiremos cada una de estas características en el contexto brasileño.

Legados de dictaduras

En países donde los regímenes dictatoriales perpetraron violaciones masivas contra ciudadanos comunes, la imposición del Estado de Derecho se vuelve más difícil. En Brasil, el historial de violencia militar contra civiles es largo y sistemático, y es una constante incluso antes del régimen autoritario más reciente (1964-1988) (Smallman, 1999). La transición a un régimen democrático no garantiza necesariamente la aplicación del Estado de Derecho. En las sociedades sin ley, los ciudadanos, que no tienen poder, temen hablar (Roht-Arriaza, 1995: 4).

Brasil es uno de los países de América Latina que no ha enjuiciado a los oficiales militares que llevaron a cabo torturas, lo que contrasta con otros países de la región (por ejemplo, Argentina, Chile). A fin de aumentar la capacidad del Estado para procesar la violación de los Derechos Humanos por parte del Estado bajo la dictadura militar, es importante la participación activa de la sociedad civil (Burt et al., 2013). Claramente, en el caso de Brasil, parece que la movilización de la sociedad civil no fue suficiente para evitar que la Corte Suprema brasileña rebajara la

³ El IGI interpreta la impunidad en tres dimensiones distintas: dimensión estructural, funcional y de Derechos Humanos. El índice contiene 12 indicadores distribuidos en estas tres dimensiones. Brasil en su posicionamiento suma un total de 66,72 puntos. En la dimensión de Derechos Humanos, Brasil encuentra su peor resultado con 97,15 puntos. En la dimensión estructural, Brasil presenta su segundo peor desempeño con 73,76 puntos en el sistema de seguridad y 88,96 puntos en su sistema de justicia. Por último, en la dimensión funcional, Brasil reúne en el sistema de seguridad 38,93 puntos y en el sistema de justicia 34,77 puntos.

legalidad de la Ley de Amnistía de 1976⁴. Como parte de la cultura de la impunidad, el ejército sigue siendo la institución más confiable en Brasil, seguida por la Iglesia Católica (FGV, 2015).

Acceso a la Justicia

La dificultad de acceder a la justicia es una de las características centrales del contexto brasileño de impunidad. Como se mencionó anteriormente, en el sistema judicial brasileño falla en la aplicación de la ley pese la existencia de un marco legal. Esto indica que existen elementos funcionales y estructurales que favorecen la impunidad (Viñuela, 2007). En tal contexto, el sistema judicial se vuelve particularista y discrecional.

En un contexto en el que el sistema judicial parece estar sesgado, el acceso a la justicia se convierte en un problema que favorece la injusticia. Por ejemplo, en una encuesta en Brasil se sugiere que aproximadamente el 49% de los encuestados no recurrió al sistema judicial debido a aspectos administrativos del sistema (FGV, 2011). El funcionamiento administrativo del sistema judicial brasileño dificulta el acceso a la justicia por razones que incluyen sobrecarga administrativa que conduce a la falta de celeridad para llegar a una sentencia. La falta de celeridad en la resolución del caso judicial es notoria en el caso de Brasil ya que solo el 27% de todos los casos han llegado a la fase de una decisión judicial.

Violencia

La violencia en forma de crímenes es desenfrenada en Brasil. Actualmente, Brasil tiene una de las tasas de criminalidad más altas del mundo, llamando la atención por su alta tasa de homicidios. Tomando en cuenta los homicidios por cada 100.000 habitantes, en 2016 Brasil ocupó el puesto 11 en el mundo con 24,6 homicidios (UNODC, 2017)⁵. Además, en delitos como el robo llevado a cabo con violencia, Brasil una vez más se posiciona en los primeros puestos siendo el sexto país en el mundo con la tasa anual de 484 robos violentos por cada 100 mil habitantes (UNODC, 2017)⁶. El crimen rampante en Brasil se puede ver a la luz de la incapacidad del Estado para evitar que ocurran crímenes, lo que a su vez puede estar relacionado con la incapacidad del Estado para llevar a cabo justicia.

Las estadísticas anteriores sobre el crimen en Brasil esconden otra realidad: los actores estatales como importantes perpetradores de crímenes violentos. De hecho, la Policía es uno de los principales perpetradores de delitos en Brasil. La Policía tiene un fuerte origen militar ya que la fuerza policial profesionalizada fue influenciada por las fuerzas militares locales en cada estado federado. Otra característica de esta fuerza policial fue proteger el interés de las oligarquías locales y la privatización de sus intereses (Shirley, 1987). La génesis de la Policía en Brasil compromete una fuerte relación entre el Estado y la sociedad. En esta relación Estado-sociedad, la Policía tiene mucha discrecionalidad para incurrir en actos de violencia contra actores no estatales (Garmany, 2014). Como resultado de una fuerza policial con pocas restricciones para incurrir en violencia, los actores no

⁴ Aunque los oficiales militares que cometieron crímenes de lesa humanidad no enfrentaron juicios en Brasil, Schneider (2011) argumenta que existe una condena moral y una cultura de memoria activa con respecto al régimen militar.

⁵ Delante de Brasil, existen los siguientes países con su respectiva tasa de homicidios por cada 100 mil habitantes: Honduras (74,6), El Salvador (64,2), Venezuela (62,0), Jamaica (36,1), Belice (34,4), San Cristóbal y Nieves (33,6), Sudáfrica (33,0), Guatemala (31,2), Colombia (27,9) y Trinidad y Tobago (24,6).

⁶ Los países con mayores robos violentos con sus respectivas tasas son Bélgica (1.735,0), Costa Rica (1.096,6), Cabo Verde (881,7), México (611,9) y Ecuador (557,0).

estatales más vulnerables se convierten en víctimas de abuso policial. En efecto, en el uso de la fuerza letal por parte de la policía brasileña hay un fuerte sesgo racial (Cano, 2009)⁷.

Otra faceta de violencia e impunidad en Brasil es la debilidad del Estado para prevenir crímenes. Hay crímenes que, dados sus patrones, podría reducirse su probabilidad de ocurrencia. Estos crímenes más prevenibles a menudo ocurren debido a la inacción o la omisión de las autoridades públicas. En algunos casos, la violencia incluso es perpetrada por actores estatales. Considerando este aspecto estructural de la violencia, que sugiere que la falta de seguridad es estructural ya que es causada por el entorno creado por el hombre, es posible inferir que la inseguridad es el resultado de contextos que tienen estructuras que crean opresores y oprimidos (Roberts, 2008).

3. Ámbitos de impunidad en el Sistema Jurídico Brasileño

Este artículo apunta principalmente al sistema de recursos de apelación, la prescripción del crimen, y la falta de capacidad administrativa del Estado como aspectos institucionales que favorecen la impunidad. Además de estos aspectos, la vulnerabilidad socioeconómica de las víctimas contribuye a esta situación en tanto el acceso a la Justicia se vuelve más difícil dependiendo de su condición social y económica.

Con respecto al sistema de recurso de apelación, Brasil ofrece al reo una amplia opción de recursos siendo uno de los pocos países del mundo que presenta cuatro instancias de apelación en un juicio (Pritsch, 2017) En principio, este sistema de recurso de apelación tiene como objetivo garantizar un juicio justo ante eventuales errores procesales, exceso en la condena o arbitrariedades. Sin embargo, los recursos de apelación en Brasil se han utilizado para extender al máximo una eventual condena del reo. Los efectos de este sistema son nocivos ya que los recursos de apelación congestionan a los juzgados y contribuyen a la morosidad de la justicia.

En relación con la prescripción de crímenes y delitos, esta tiene como principal objetivo la disminución o estabilización de conflictos en la sociedad ante la inacción de un potencial autor de una acción penal contra un potencial acusado. Sin embargo, la prescripción viene siendo utilizada para la impunidad ante la inhabilidad del Poder Judicial de llevar a cabo investigaciones y trámites para el juicio. El sistema de recurso de apelación brasileño también favorece la prescripción ya que recursos protectores sucesivos pueden llevar a la prescripción del crimen.

La falta de capacidad del Estado es más visible en su imposibilidad de aplicar de forma autónoma las leyes y, por lo tanto, de conducir procesos judiciales de forma imparcial y eficiente. La incapacidad de aplicar las leyes favorece la impunidad criminal en la medida en que las leyes se vuelven inocuas y la imposición de punición ante infracciones o crímenes encuentra importantes obstáculos. En este contexto, la dificultad que tiene el Estado para aplicar las leyes de forma justa compromete el Estado de Derecho de la nación.

⁷ A pesar de la violencia policial, hay indicios de que esta violencia se debe principalmente a una reacción al delito (Clark, 2008).

En un Estado que demuestra poca capacidad de hacer valer sus leyes, el acceso a las instituciones judiciales es restringido. Los obstáculos de acceso a la Justicia se hacen particularmente más complicados para las personas económica y socialmente más vulnerables, que a su vez son, precisamente, más propensos a ser víctimas de violencia. Esta violencia puede ser interpretada como estructural ya que tiene como objetivo a algunos grupos socialmente marginados y es ejercida sistemáticamente (Farmer, 2004: 307).

Asesinato colectivo

Los asesinatos colectivos en Brasil tienen como su principal característica la acción violenta de agentes policiales que utilizan la prerrogativa de la fuerza coercitiva del Estado para perpetrar crímenes contra víctimas que en su gran mayoría sufren exclusión social por cuestiones económicas, raciales y de género (Zaverucha, 2000). En 1993 se dio en Rio de Janeiro uno de los casos más conocidos en Brasil de asesinato colectivo de jóvenes en la llamada “Matanza de la Candelaria”. En el año de dicha matanza fueron asesinados 4.782 jóvenes pobres a manos de la Policía. Este número se duplicó en los veinte años siguientes y en 2013 se contabilizaron 10.520 asesinatos en este episodio (Waiselfisz, 2015: 13).

Las estadísticas demuestran que, desde entonces, los jóvenes pobres y negros en Brasil son víctimas de una creciente violencia. Entre los años 1980-2013, se registró el aumento de 372,9% de homicidios de adolescentes en edades de 16 y 17 años. La cifra en 1980 se estimó en 9,7%, mientras en 2013 representó el 46% de las muertes (Waiselfisz, 2015: 18). Los homicidios de jóvenes negros son casi un 1.000% mayor que entre jóvenes blancos, se conoce que la proporción de homicidios sigue el patrón de 10:1, es decir, por cada 10 niños negros asesinados, hay un niño blanco muerto (Waiselfisz, 2015: 108).

Asesinato por conflicto de tierras

Los conflictos de tierras en las áreas no-urbanas en Brasil, a pesar de no registrar incrementos, se mantienen altos (Medeiros 2015). La incapacidad del Estado de aplicar sus leyes en las zonas más remotas del país es un factor determinante en la aparición de estos conflictos en el campo brasileño. Esta observación puede ser constatada por la alta concentración de conflictos en la Amazonia, región de baja densidad poblacional⁸. Pese a relativa baja ocupación en la Amazonia, esta región concentró entre 1985 y 2009 el 63% de los asesinatos en el campo (CPT, 2016: 10). En 2015, el 93% de las tierras en conflicto en el país se encontraban en la Amazonia (CPT, 2016: 10).

Corrupción

La corrupción en Brasil puede ser considerada endémica una vez que las prácticas corruptivas son sistemáticas desde la formación del Estado brasileño en el periodo colonial (Faoro, 2001). La corrupción endémica y sistemática encuentra amparo en leyes blandas que en gran parte sirven como incentivo a las prácticas delictivas y favorecen la impunidad (Dallagnol, 2017: 57). En los delitos de cuello blanco, la legislación brasileña concede muchos beneficios a los condenados. Por ejemplo, un condenado con pena menor a 4 años generalmente cumple la pena en régimen abierto, en casa y sin fiscalización (Chaia y Teixeira, 2000). En muchos casos, las

⁸ Los datos del período 1985-2009 indican que la Amazonia alberga sólo el 15% de la población de Brasil, mientras que las regiones Centro-Sur y Nordeste representan respectivamente el 47% y el 38% de la población total (CPT, 2016: 10).

penas se conmutan por la prestación de servicios a la comunidad y donación de canasta básica alimentaria.

La impunidad en casos de corrupción se da sobre todo a través de indultos. Los indultos son concedidos por decretos presidenciales, un instrumento legal por el cual la Justicia declara la extinción o disminución de la pena a los condenados que se encuadran en los requisitos del decreto. Tales decretos especifican las condiciones para la concesión del indulto, e indican qué condenados pueden ser indultados. En general, el requisito básico para el indulto es el buen comportamiento del condenado durante el ejercicio de la condena. También es una condición básica el haber cumplido al menos dos quintos de la pena en régimen cerrado o semiabierto.

Como parte de la cultura de impunidad, los políticos involucrados en corrupción en Brasil parecen no tener su imagen afectada negativamente ante los votantes (Balán, 2014; Jucá et al., 2016)⁹. De hecho, para gran parte de los brasileños los políticos corruptos tienen una imagen de no-criminales (Monte Silva, 2016).

Crímen ambiental

Existe en Brasil desde 1998 la Ley de los Crímenes Ambientales, que reconoce varios tipos de crímenes ambientales abarcando la contaminación atmosférica y fluvial, y otras acciones que constituyen amenazas a la fauna y la flora. Esta ley prevé penas que varían desde la aplicación de multas, la prestación de servicios a la comunidad, a la detención entre uno a seis años, dependiendo del tipo de delito.

La impunidad es particularmente notable en el ámbito de crímenes ambientales. Araújo y Barreto (2012) analizaron 145 casos de deforestación en áreas devastadas en el estado de Pará revelando que el 76% de los casos permanecen inconclusos tras un lapso promedio de cuatro años luego de ser iniciados. Anteriormente, Barreto et al. (2010) constataron la dificultad de llegar a sentencias en crímenes ambientales después de estudiar 51 procesos de crímenes ambientales en la Amazonia, indicando que apenas el 14% de ellos fueron concluidos. El estudio apunta la falta de prioridad de sancionar crímenes ambientales y la poca capacidad técnica de los organismos públicos de llevar adelante procesos de crímenes ambientales. De hecho, las instituciones públicas tienen importantes dificultades a la hora de recibir multas imputadas como penas por crímenes ambientales (Brito, 2009).

4. Estudios de caso

Este artículo seleccionó cuatro crímenes en los ámbitos ambiental, social, y político. Considerando que estos crímenes son perpetrados por actores públicos y privados, el artículo seleccionó dos casos que tienen como principales perpetradores de los crímenes actores públicos, tales como políticos y agentes de seguridad pública, y otros dos casos de perpetradores privados, siendo uno de ellos un consorcio de empresas y, el otro, rancheros. Dos de los casos se encuadran como crímenes de

⁹ Weitz-Shapiro y Winters (2017) sugieren que en Brasil el nivel educacional y el control de la corrupción están relacionados una vez que los ciudadanos con mayor escolaridad consiguen depurar más información sobre corrupción política.

homicidio y otros dos como otros tipos de crimen. Otro criterio fue la notoriedad de los casos o impacto de los crímenes.

En base a esos criterios, los cuatro casos seleccionados son: la matanza de jóvenes frente a la Iglesia de la Candelaria en 1993, el asesinato del siringuero (recolector de caucho) Chico Mendes en 1988, la corrupción en la Comisión de Presupuestos de la Cámara de Diputados en 1994, y la ruptura de la represa de residuos minerales en Mariana en 2015. Todos estos casos fueron ampliamente cubiertos por la prensa y en todos los casos hay claros elementos que nos llevan a concluir que existió impunidad. La Tabla 1 sitúa cada caso en relación con el tipo de crimen y con los perpetradores del mismo, dando una idea de que la impunidad en Brasil abarca varios tipos de crímenes y perpetradores de la violencia.

Tabla 1: Tipos de actores y crímenes en los cuatro estudios de caso

		TIPOS DE CRIMEN	
		Homicidio	Otros crímenes
PERPETRADORES	Público	<i>Caso Candelaria</i>	<i>Caso Enanos del Presupuesto</i>
	Privado	<i>Caso Chico Mendes</i>	<i>Caso Mariana</i>

Esta sección describe y analiza los cuatro estudios de caso que servirán para ilustrar la extensión de la impunidad en Brasil, y, por lo tanto, exponer la existencia de una cultura de impunidad en la sociedad brasileña. La Tabla 2 resume los cuatro estudios de caso en cuanto a los perpetradores y víctimas de los crímenes, así como sus sentencias dictadas y los elementos de impunidad.

Tabla 2: Estudios de caso y sus víctimas, sentencia y características de la impunidad

	Perpetradores	Víctimas	Sentencia	Impunidad
LA MATANZA DE LA CANDELARIA (1993)	Policías militares	8 jóvenes entre 11 y 21 años	Tres policías fueron condenados.	Seis policías fueron absueltos. Durante el juicio una de las víctimas sufrió un atentado.
CHICO MENDES (1988)	Rancheros (<i>posseiros</i>)	Sindicalista y líder del movimiento internacional por la preservación de	Dos asesinos fueron condenados a penas inferiores a 20 años de cárcel	Dos de los asesinos cumplieron la mayor parte de sus penas en régimen

		la Amazonia		domiciliar. Y un tercer asesino que nunca cumplió la pena sigue como prófugo de la justicia.
ENANOS DEL PRESUPUESTO (1993)	Diputados del congreso nacional	Contribuyentes y electores	Los 18 diputados tuvieron sus mandatos cesados en votación plenaria	Los 18 diputados fueron inocentes por la justicia común
CRIMEN AMBIENTAL EN MARIANA (2015)	Consortio de empresas nacionales e internacionales	Habitantes del municipio de Mariana y todos afectados por la destrucción del ecosistema natural	En marcha	Firma de un acuerdo de <i>leniencia</i> con las empresas

A continuación, el artículo describe en detalles cada uno de los casos.

Crimen ambiental en Mariana

El 5 de noviembre de 2015, Brasil vivía la mayor tragedia ambiental de su historia cuando la represa de Fundão, en el municipio Mariana, estado de Minas Gerais, se rompió arrojando cerca de 40 millones de metros cúbicos de residuos minerales en el medio ambiente. Este accidente provocó una avalancha de lodo llevando a la total inmersión de Mariana por los desechos, que llegarían al mar contaminando una franja costera que se extendió a unos 650 kilómetros.

La represa estaba controlada por Samarco Mineração S.A., un emprendimiento de dos mineras, la brasileña Vale S.A., y la anglo-australiana BHP Billiton. La represa tenía el objetivo de contención de los desechos de actividades mineras en la región. Las investigaciones indican que la represa sufría un mal mantenimiento y que el volumen de residuos acumulados era superior a la capacidad de la represa. Antes de la tragedia, el Ministerio Público de Minas Gerais declaró estar en contra de la renovación de la licencia de funcionamiento de la represa de Fundão y había solicitado la realización de estudios técnicos sobre el riesgo de ruptura y un plan de emergencia en caso de riesgos. Para el Ministerio Público, la tragedia en Mariana fue resultado de errores en la operación y de la negligencia en la gestión de la represa. Por lo tanto, hay responsables de la tragedia y los actos que llevaron al rompimiento son considerados crímenes ambientales.

Como consecuencia de la ruptura de la represa, 19 personas perdieron la vida, además de la destrucción completa del distrito de Bento Rodrigues, ubicado a 35 km del centro de Mariana, donde aproximadamente 300 familias fueron desalojadas de sus casas. Los desechos contaminaron la cuenca hidráulica del río Doce, uno de los ríos más importantes de la región Sudeste y responsable del abastecimiento de agua de 230 ciudades. Los residuos llegaron hasta la desembocadura del río Doce, en el vecino estado de Espírito Santo, dejando un

rastros de destrucción y muerte con miles de peces muertos y agua no apta tanto para el consumo tanto humano como para la agricultura.

En total, 21 personas fueron acusadas por la responsabilidad de la ruptura de la represa de Fundão. Todos los acusados tenían conocimiento de que había problemas estructurales en las represas y aun así no tomaron ninguna medida para evitar lo peor. Recientemente, la Justicia Federal suspendió la acción criminal que convirtió a los representantes de las empresas culpables de las muertes en Mariana, alegando irregularidades en las investigaciones. Pero hay otros 74 mil procesos en marcha. Desde que la ruptura de la represa en 2015, para 2017 los acusados por los crímenes ambientales aún no han sido llevados a juicio. Las personas afectadas por el accidente -aproximadamente 20 mil-, actualmente viven en hoteles o pensiones de la región y reciben una ayuda de costo como forma de indemnización.

En 2017 un acuerdo, el Término de Transacción y Ajuste de Conducta (TTAC), entre Samarco, Vale, BHP, el Ministerio Público y otros organismos públicos fue firmado para reparar los daños causados. Entre los principales resultados del acuerdo se encuentra el depósito de cerca de R\$2 mil millones en garantías, la realización de estudios de impacto y la creación de una fundación, Fundación Renova, para auxiliar en la minimización del impacto socioambiental del accidente.

La falta de capacidad de las instituciones públicas de monitorear las actividades de minería y la operación de las mineras es notoria como muestra el crimen ambiental en Mariana. Además, la legislación ambiental estatal es permisiva ya que no existe ninguna ley que obligue o impida a las mineras en situación de riesgo a detener sus operaciones.

La Matanza de la Candelaria

El caso de la Candelaria fue conocido por ser un notorio crimen de violencia policial contra menores de edad negros y pobres. La masacre ocurrió la noche del 23 de julio de 1993 en el centro de la ciudad de Rio de Janeiro, donde varios hombres armados dispararon indiscriminadamente contra un grupo de más de 50 niños y adolescentes que dormían en las escaleras de la Iglesia de la Candelaria. Varios jóvenes resultaron gravemente heridos y ocho de ellos, con edad entre 11 y 19 años, murieron como consecuencia del ataque.

Según los relatos, los autores del crimen fueron policías militares que habían tenido un malentendido la tarde anterior con jóvenes que cometían pequeños hurtos y actos de vandalismo. El principal testigo, Wagner dos Santos, que tenía 21 años en la época, fue el único sobreviviente que pudo reconocer a uno de los criminales. Como único testigo del crimen, Dos Santos sufrió un atentado recibiendo cuatro tiros. Con la imposibilidad del Estado de garantizar su seguridad, Dos Santos solicitó residencia en Suiza, desde donde viajaba a Rio de Janeiro durante todo el largo proceso judicial.

Los condenados por la matanza de la Candelaria, en total tres personas, fueron sentenciados a penas de prisión que suman aproximadamente 200 años, pero sólo cumplieron penas inferiores a 20 años. Otros seis sospechosos fueron absueltos. A pesar de los avances, la impunidad ha sido la regla en casos relacionados con las matanzas y otras formas de violencia policial contra personas pobres en Brasil.

Como resultado de esta misma situación de impunidad, para el 2017 se han sucedido diversas ejecuciones extrajudiciales del mismo tipo. Desde la Candelaria, hubo matanzas en Río de Janeiro y en otras regiones metropolitanas de Brasil. Estos crímenes se destacan por el mismo modus operandi de los criminales: policías que cometen crímenes contra adolescentes, en su mayoría negros y pobres.

Chico Mendes

El 22 de diciembre de 1988, el siringuero¹⁰ y líder sindical Francisco Alves Mendes Filho, conocido como Chico Mendes, fue asesinado en su casa de un disparo hecho por dos rancheros, también conocidos como *posseiros*¹¹. El crimen ocurrió en Xapuri, en el estado de Acre, municipio que se encuentra en la selva amazónica, región conocida por conflictos de tierra entre siringueros y *posseiros*¹².

Durante la dictadura militar brasileña (1964-1985) Chico Mendes participó activamente en movimientos sociales contra la dictadura. Al defender la preservación de la selva amazónica, Chico Mendes se convirtió en enemigo de los *posseiros* que ocupaban ilegalmente las tierras de la región. En 1975, actuando como líder sindical, Mendes pasó a participar en manifestaciones donde los caucheros intentaban impedir el corte de árboles. Estas movilizaciones también sirvieron para reivindicar la creación de reservas para el extractivismo sostenible.

La trayectoria sindical de Mendes lo convirtió en uno de los principales sindicalistas en Brasil, logrando en 1977 el establecimiento del Sindicato de los Trabajadores Rurales de Xapuri y años más tarde vendría a crear el Consejo Nacional de Siringueros. Mendes conciliaba sus actividades sindicales con la política, siendo elegido concejal en 1977.

El compromiso de Mendes rindió frutos y para 1987 es distinguido con el premio "Global 500" de las Naciones Unidas. A medida que Mendes ganaba más notoriedad nacional e internacional, aumentaban las amenazas contra él, especialmente de *posseiros*. La tensión aumentó a partir de 1988, cuando se reconoció la primera reserva de extractivismo en Acre. La creación de reservas para el extractivismo venía acompañada de la expropiación de tierras, yendo contra los intereses de los *posseiros*. Las crecientes amenazas contra Mendes llevaron a la emisión de un mandato de prisión contra uno de sus futuros asesinos.

En diciembre de 1988, Mendes murió en su casa en Xapuri, asesinado por Darly Alves da Silva y su hijo Darci Alves da Ferreira. Después del homicidio, organizaciones sindicales, religiosas, políticas, de Derechos Humanos y ambientalistas formaron el Comité Chico Mendes para cobrar justicia. Después de dos años, en diciembre de 1990, tuvo lugar el juicio de los dos acusados del asesinato de Mendes. Los dos asesinos fueron sentenciados a 19 años de prisión, sin embargo, huyeron de la prisión en 1993. El autor intelectual del asesinato, da Silva, buscó refugio en un asentamiento del gobierno para la reforma agraria en el estado de Pará, llegando incluso a obtener un préstamo público por el Banco de la

¹⁰ Los siringueros son extractores que llegaron a la región amazónica para extraer el caucho sin perjudicar la sostenibilidad del medio ambiente. La subsistencia económica de los caucheros está vinculada a la preservación de la selva amazónica.

¹¹ Los *posseiros* son colonos que llegaron a la región amazónica para ocupar la tierra, desarrollan actividades agropecuarias, particularmente la cría de ganado.

¹² Desde los años cincuenta del siglo XX, cuando el gobierno brasileño incentivó la emigración a la región amazónica para su desarrollo económico, el conflicto entre caucheros y *posseiros* se convirtió uno de los principales conflictos sociales en la Amazonia brasileña.

Amazonía. Tres años después de la fuga, en 1996, los dos asesinos volvieron a prisión, pero en 1999 uno de ellos logró cumplir su pena en prisión domiciliaria, y el otro en régimen semiabierto. Mientras tanto, otro posible coautor del homicidio, Jardeir Pereira, fue excluido del juicio y nunca fue arrestado.

En 2003, el entonces gobernador del Acre, Jorge Viana, del Partido de los Trabajadores, ordenó la reapertura del caso. Esto había sido solicitado por el Comité Chico Mendes para enjuiciar a Jardeir Pereira, el tercer sospechoso del asesinato. Pereira se encontraba forajido y ya estaba siendo buscado por la Policía por la implicación en el asesinato de otros líderes sindicales. Pereira nunca fue juzgado y aún permanece prófugo. En 2008 el asesinato de Chico Mendes prescribió y Pereira ya no puede ser juzgado por el crimen.

Los Enanos Del Presupuesto

En 1993, Brasil por primera vez en su joven democracia conoce un escándalo de corrupción que involucraba a congresistas. Los 37 diputados que participaron en el esquema de corrupción fueron acusados de malversar más de R\$100 millones a través de propinas que tenían como objetivo favorecer proyectos públicos de particulares conectados a gobernadores, ministros y congresistas a través de la concesión de recursos federales.

El proceso de investigación del esquema de corrupción fue realizado por los propios diputados que instauraron una Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI), conocida como la CPI del Presupuesto. La existencia del esquema de corrupción en la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Diputados fue develada con una denuncia del asesor de esa comisión, José Carlos Alves dos Santos. El presunto líder del esquema de corrupción fue el diputado y presidente de la Comisión de Presupuesto João Alves. El ex diputado João Alves ganó notoriedad en el caso por la justificación del aumento de su riqueza y patrimonio, que según él fue resultado de haber ganado 156 veces la lotería nacional en 1993.

El esquema de corrupción en la Comisión de Presupuesto funcionaba de la siguiente manera: Los miembros de la Comisión de Presupuesto repartían y liberaban recursos del presupuesto a través de tasas cobradas a otros políticos y empresas de construcción. De esta forma, los miembros de la Comisión de Presupuesto concedían fondos ya previstos en el presupuesto o influían en nuevos proyectos en el presupuesto mediante el pago de tasas, sobre todo de contratistas. También forma parte del esquema la liberación de subvenciones sociales de los Ministerios a través del Consejo Nacional del Servicio Social para entidades ficticias, que eran registradas por políticos para beneficiarse de asistencias públicas.

Después de varios meses de investigación, la CPI del Presupuesto produjo un informe final reconociendo la participación de 18 de los 37 congresistas investigados. El informe recomendó la cesación del cargo de esos 18 congresistas¹³. Entre los congresistas que vieron sus mandatos destituidos estaban João Alves y el entonces presidente de la Cámara de Diputados, Ibsen Pinheiro. En el caso de Ibsen Pinheiro, en el año 2000 a través de la Justicia común, el ex diputado fue declarado inocente. En cuanto al resto de los diputados acusados, cuatro de ellos renunciaron antes de la votación de cesación y ocho fueron absueltos. Por su parte, el delator del esquema, el ex asesor de la Comisión de Presupuesto José Carlos Alves dos Santos, fue formalmente acusado por el Ministerio Público sólo en 2001,

¹³ La cesación se realiza mediante votación secreta en el plenario y la abstención de 2/3 de votos a favor de la cesación. Bajo estas reglas, seis congresistas de los 18 acusados perdieron el mandato.

siendo arrestado en 2014 y finalmente condenado a diez años y un mes de reclusión por corrupción pasiva.

5. Conclusión

El artículo ha intentado demostrar la existencia de una cultura de la impunidad en Brasil. Tal cultura ha sido interpretada sobre todo como el resultado de factores institucionales y estructurales. La consecuencia de la corrupción, aparte de la falta de confianza en las instituciones públicas y la solidaridad social, es el fortalecimiento de la impunidad en el tiempo. Dado que este artículo ha definido la impunidad en términos de ciudadanía y justicia, la consolidación de una cultura de la impunidad socava la relación entre el Estado y la sociedad a medida que dicha cultura pone en riesgo la ciudadanía y la justicia.

La principal contribución de este artículo ha sido diseccionar la cultura de la impunidad intentando desvelar sus causas estructurales e institucionales. Los cuatro casos en este artículo –corrupción política, asesinato por disputa de tierras, violencia policial contra menores pobres y crimen ambiental– han mostrado la naturaleza de la impunidad en Brasil. Una de las evidencias más contundentes de la existencia de la cultura de la impunidad en Brasil es la repetición hasta la actualidad de delitos de alto perfil que siguen impunes, lo que indica que han persistido los mismos mecanismos estructurales e institucionales detrás de los mismos delitos en el pasado. La persistencia de crímenes similares muestra, como se argumentó anteriormente en este artículo, la existencia de una cultura de impunidad que sigue una “trayectoria dependiente”.

En el caso de la corrupción política, dos décadas después del descubrimiento del hasta entonces mayor esquema de corrupción en Brasil en un caso conocido como "Enanos del Presupuesto", el país descubriría un enorme caso de corrupción que involucra a la petrolera estatal brasileña Petrobras. La serie de escándalos de corrupción que se conoció a fines de la década de los 2000 solo muestra que la corrupción política se volvió sistemática.

En cuanto a las disputas por la tierra en el Amazonas, el caso de Chico Mendes, que reveló el violento conflicto entre los recolectores de caucho (siringueros) y los rancheros (*posseiros*), no ha servido como elemento de disuasión para evitar delitos similares. Además, la disputa por la tierra en el Amazonas ilustra la falta de capacidad del Estado brasileño para abordar el conflicto de tierras en zonas remotas de su territorio.

Con respecto a la violencia policial contra los niños de la calle en Brasil, poco ha cambiado desde el caso Candelaria, que refleja la participación de las fuerzas policiales en la violencia contra niños económica y socialmente vulnerables. Después del asesinato masivo de 1993 en la Candelaria, tuvieron lugar varios crímenes similares conocidos en Brasil. Solo en el estado de Río de Janeiro, en poco más de una década después del caso de la Candelaria, la policía asesinará a un total de aproximadamente 58 niños de la calle.

A pesar de la persistente cultura de la impunidad en Brasil, el país en los últimos años ha mostrado pequeñas señales de que hay algún intento de reducir la impunidad. Algunas de estas iniciativas que vale la pena destacar son la mejora de la administración judicial, la promulgación de medidas que protegen a niños y adolescentes, así como la reforma del código de procedimiento civil que permite la

condena sin presencia física en un Tribunal de Justicia. En el frente administrativo, se ha intentado aumentar el número de casos judiciales con una sentencia. A partir de 2015 a 2016 el número de casos con sentencias aumentó un 11,4% (CNJ, 2017: 6). En lo que respecta a la protección de los niños, desde 1990 en virtud del Estatuto de la Niñez y la Adolescencia, la legislación brasileña ha estado tratando sistemáticamente de proteger a los niños y adolescentes. Más recientemente, en 2016, se promulgaron varias leyes que mejoran considerablemente la protección de menores en Brasil. Con respecto a la reforma del Código Civil, en 2014, en un paso importante contra la impunidad, el nuevo Código pasó a permitir la condena y la sentencia sin la presencia de un acusado en un Tribunal de Justicia.

Este artículo se ha centrado en las características generales de la impunidad en Brasil. Sin embargo, se necesita un análisis más matizado para comprender la manifestación de la cultura de esta en Brasil. Los futuros estudios sobre el tema deberían prestar atención a los componentes sociales e ideológicos de la impunidad en Brasil. Considerando que ha quedado claro que en el caso brasileño el Estado, a través de sus instituciones, favorece la impunidad, es necesario comprender mejor los mecanismos sociales (por ejemplo, sistemas de creencias, percepciones de injusticia) que mantienen la impunidad y las reacciones de la sociedad para remediar el problema de la impunidad.

Otros estudios deberían abordar con mayor precisión la relación entre la impunidad y la democracia. Si bien se cree que las instituciones democráticas aumentan la transparencia y la rendición de cuentas ante el funcionamiento institucional en las entidades políticas, es importante revelar con precisión la dinámica del mantenimiento de la impunidad. Por ejemplo, hay indicios de que la libertad de prensa disminuye drásticamente la probabilidad de que el delito quede impune (Jorgensen, 2009). Por último, estudios sobre impunidad tratados desde una perspectiva comparada dentro o más allá de América Latina son importantes para revelar con mayor profundidad la arraigada cultura de la impunidad en Brasil. Además, un estudio comparativo sobre la cultura de la impunidad en varios países sería útil si se centrara en políticas que intentaran mejorar la Justicia y el ejercicio de la ciudadanía para reducir la impunidad.

Bibliografía

- ARAÚJO, E. et al. (2012), *Combate a Crimes Ambientais em Áreas Protegidas no Pará*, Imazon, Belém.
- BALÁN, M. (2014), "Surviving corruption in Brazil: Lula's and Dilma's success despite corruption allegations, and its consequences", *Journal of Politics in Latin America*, vol. 6, núm. 3.
- BARRETO, P. (2010), "A impunidade de crimes ambientais em áreas protegidas federais na Amazônia", *Revista de Direito Ambiental*, núm. 59.
- BIGNOTTO, N. (2012), "Republicanism, constituição e percepção da justiça no Brasil", *Idéias*, vol. 3 núm. 1.
- BRITO, B. (2009), *Multas Pós-Operação Curupira no Mato Grosso*, Imazon, Belém.
- BUARQUE DE HOLANDA, S. (1995), *Raízes do Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo.
- BURT, J.-M. et al. (2013), "Civil society and the resurgent struggle against impunity in Uruguay (1986–2012)", *International Journal of Transitional Justice*, vol. 7, núm. 2.
- CANO, I. (2009), "Racial bias in police use of lethal force in Brazil", *Police Practice and Research*, vol. 11, núm. 1.

- CARVALHO FILHO, L. F. (2004), "Impunidade no Brasil: colônia e império", *Estudos Avançados*, vol. 18, núm. 51.
- CHAIA, V. y TEIXEIRA, M. A. (2000), "Democracia e escândalos políticos", *São Paulo em Perspectiva*, vol. 15, núm. 4.
- CLARK, T. W. (2008), "Structural predictors of Brazilian police violence", *Deviant Behavior*, vol. 29, núm. 2.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT), (2016), *Amazônia, um bioma mergulhado em conflitos - relatório denúncia da Amazônia, Goiania*, CPT Nacional. Disponible en: <https://www.cptnacional.org.br/component/jdownloads/download/25-cartilhas/14003-relatorio-denuncia-da-amazonia> (Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017).
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) (2017), *Justiça em números 2017*. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf> (Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017).
- COOPER, J. M. (1999), "Latin America in the twenty-first century: access to justice", *California Western International Law Journal*, vol. 30, núm. 2.
- CPJ (2017), *Getting away with murder: 2017 Global Impunity Index*. Disponible en: https://cpj.org/reports/Impunity-2017_NEW.pdf (Fecha de consulta: 3 de marzo de 2018).
- DALLAGNOL, D. (2017), *A Luta contra a Corrupção*, Primeira Pessoa, Rio de Janeiro.
- FARMER, P. (2004), "An anthropology of structural violence", *Current Anthropology*, vol. 45, núm. 33.
- FAORO, R. (2001), *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, Globo, Rio de Janeiro.
- FGV (2011), *Relatório ICJBrasil - Ano 2 (2º trimestre / 2010 ao 1º trimestre / 2011)*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.
- FGV (2015), *Relatório ICJBrasil - 2º semestre/2015*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.
- GARMANY, J. (2014), "Space for the state? Police, violence, and urban poverty in Brazil", *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 104, núm. 6.
- HABIB, S. (1994), *Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção: Enfoque Sócio-Histórico-Jurídico-Penal*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre.
- HOLSTON, J. (2009), *Insurgent Citizenship: Disjunctions of Democracy and Modernity in Brazil*, Princeton University Press, Princeton.
- IGI (2017), *Índice Global de Impunidade 2017: dimensiones de la impunidad global*. Disponible en: <https://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017.pdf> (Fecha de consulta: 3 de marzo de 2018).
- IPEA (2010), *SIPS 2010 - Sistema de indicadores de percepção social – justiça*. Disponible en: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24414 (Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017).
- ISIN, E. F. y TURNER, B. S. (2007), "Investigating citizenship: an agenda for citizenship studies", *Citizenship Studies*, vol. 11, núm. 1.
- JORGENSEN, N (2009), "Impunity and oversight: when do governments police themselves?", *Journal of Human Rights*, vol. 8, núm. 4.
- JUCÁ, I. C. et al. (2016), "The political cost of corruption: scandals, campaign finance and reelection in the Brazilian chamber of deputies", *Journal of Politics in Latin America*, vol. 8, núm. 2.
- LE CLERCQ, J. A. et al. (2016), "Midiendo la impunidad en América Latina: retos conceptuales y metodológicos", *Iconos: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 55.
- LIMA, R. S. et al. (2015), "A gestão da vida e da segurança pública no Brasil", *Revista Sociedade e Estado*, vol. 30, núm. 1.

- MEDEIROS, L. S. (2015), “Conflitos fundiários e violência no campo”. En CPT, *Conflitos do Campo – Brasil 2014*, Goiania, CPT Nacional. Disponible en: <http://caci.cimi.org.br/dadosabertos/relatorios/cpt/2014.pdf> (fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017).
- MONTE SILVA, L. (2016), “O direito penal do inimigo e a corrupção no Brasil”, *Política Criminal*, vol. 11, núm. 21.
- MOREIRA LEITE, D. (2002), *O Caráter Nacional Brasileiro: História de uma Ideologia*, São Paulo, Editora UNESP (6ª edición).
- ORENTLICHER, D. (2005), “Report of the independent expert to update the set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher: addendum”, Commission on Human Rights, Geneva.
- PASTANA, D. R. (2007), “O “estado punitivo brasileiro” e a “democracia representativa elitista de Boaventura de Souza Santos”, *Cronos*, vol. 8, núm. 1.
- PRITSCH, C. Z. (2017), “The Brazilian appellate procedure through common law lenses: how american standards of review may help improve Brazilian civil procedure”, *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 48, núm. 3.
- ROBERTS, D. (2008), *Human Insecurity: Global Structures of Violence*, Zed Books Ltd, Londres y Nueva York.
- ROHT-ARRIAZA, N. (1995), Introduction, Impunity and Human Rights in International Law and Practice, *Oxford University Press*, Londres.
- SCALON, C. (2007), “Justiça como igualdade? a percepção da elite e do povo brasileiro”, *Sociologias*, núm. 18.
- SCHNEIDER, N. (2011), “Impunity in post-authoritarian Brazil: the supreme court’s recent verdict on the Amnesty Law”, *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, núm. 90.
- SHIRLEY, R. W. (1987), “A brief survey of law in Brazil”, *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies*, vol. 12, núm. 23.
- SMALLMAN, S. C. (1999), “Military terror and silence in Brazil 1910–1945”, *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies*, vol. 29, núm. 47.
- TONKISS, K. y BLOOM, T. (2015), “Theorizing noncitizenship: concepts, debates and challenges”, *Citizenship Studies*, vol. 19, núm. 8.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2013), *Global corruption barometer 2013*. Disponible en: <https://www.transparency.org/gcb2013/report> (Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017).
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2017), *World Drug Report 2017*, UNODC, Viena.
- VILLALÓN, R. (2016), “The resilience of memory, truth, and justice processes: culture, politics, and social mobilizations”, *Latin American Perspectives*, vol. 43, núm. 6.
- VIÑUALES, J. E. (2007), “Impunity: elements for an empirical concept”, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, vol. 25, núm. 1.
- WASELFSZ, J. J. (2015), *Violencia Letal Contra Crianças e Adolescentes no Brasil*, Brasília, FLACSO, Brasil.
- WEITZ-SHAPIRO, R. y WINTERS, M. S. (2017), “Can citizens discern? information credibility, political sophistication, and the punishment of corruption in Brazil”, *The Journal of Politics*, vol. 79, núm. 1.
- YOUNG, I. M. (1989), “Polity and group difference: a critique of the ideal of universal citizenship”. En: TURNER y HAMILTON, *Citizenship: Critical Concepts*, Routledge, Londres.
- ZAVERUCHA, J. (2000), “Fragile democracy and the militarization of public safety in Brazil”, *Latin American Perspectives*, vol. 27, núm. 3.

Sustitución de cultivos ilícitos y cultura de la legalidad en Colombia*

Illicit crop substitution and culture of legality in Colombia

Erika M. Rodríguez Pinzón**

Universidad Autónoma de Madrid y Universidad Internacional de la Rioja

erika.rodriguez@uam.es

Recibido / received: 31/12/2017

Aceptado / accepted: 28/01/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4159>

Resumen

Este artículo analiza el problema de los cultivos ilícitos y concretamente de los programas de desarrollo alternativo destinados a solucionarla y su relación con la creación de la cultura de la legalidad.

En primer lugar analiza el desarrollo alternativo y recorre los diferentes programas que se han desarrollado en Colombia con el fin de conseguir la sustitución de cultivos ilícitos. Después se recogen algunos de los aspectos más relevantes de la relación entre cultivos ilícitos y fallas en la cultura de la legalidad.

La última parte del artículo recoge la evidencia empírica de diversos estudios y evaluaciones sobre el impacto de los diferentes programas en el fortalecimiento de la confianza, la participación y la cultura de la legalidad.

Palabras clave

Sustitución de cultivos, desarrollo alternativo, narcotráfico, Colombia, Cultura de la legalidad, Estado de Derecho

Abstract

This article analyzes the problematic of illicit crops in Colombia and, more specifically, the alternative development programs created to address it and how they are changing the culture of illegality intrinsic to illicit crops.

It analyzes the relation between a certain culture of illegality and the prevalence of narcotraffic; then it studies the presence of illicit crops in Colombia and describes the evolution of alternative development programs.

Finally, it collects and analyzes evidence from different empirical studies about the impact of alternative development programs in the enhancement of social confidence, strengthening of democracy and promotion of legality.

* Este artículo surge de una ponencia presentada en el IV Congreso de FLACSO ESPAÑA 2017 en la mesa: Cultura de la legalidad y cumplimiento de derechos en América Latina.

** Doctora por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). ORCID: 0000-0002-9004-8109



Keywords

Illicit crop substitution, alternative development, narcotraffic, Colombia, Culture of legality, Rule of Law

SUMARIO. 1. Introducción: Narcotráfico y debilidad del Estado Nación. 2. Narcotráfico y cultura de la legalidad. 3. El desarrollo alternativo como solución al problema de los cultivos ilícitos. 4. Presencia de los cultivos de Coca en Colombia. 4.1. La política dicotómica de la contención de los cultivos ilícitos: entre la seguridad y el desarrollo social. 4.2. Programas de Desarrollo Alternativo. 5. Cultura de la legalidad y sustitución de cultivos ilícitos: Evidencia Empírica. 6. Conclusiones y perspectivas. 7. Bibliografía.

1. Introducción: Narcotráfico y debilidad del Estado Nación

Si bien, la lucha contra las drogas ilícitas se ha planteado de forma global, es necesario explicar por qué ha sido en Colombia donde ha tenido un impacto tan alto. La respuesta se encuentra, en primer lugar, en las bases de constitución del Estado, fragmentado, incapaz de controlar la periferia, y embarcado en una relación dialéctica con poderes facticos regionales que le proporcionan votos, pero a su vez, retan el poder del gobierno central cuando intenta controlarlos.

En segundo lugar, hay que señalar una causa y efecto relacionado pero menos visible, la brecha entre la sociedad y el Estado, en este caso representada por la desconfianza. Siguiendo a Pecaut (1994) la desconfianza respecto al Estado, no es una cosa nueva en Colombia, tiene sus raíces en una historia multiseccular y de hecho, tiene su causa según en la droga dado que una gran parte de la sociedad, mucho mayor que aquella que está directamente implicada en el tráfico mismo, ha definido sus propias normas, sus redes de influencia, códigos de transacción, sin entenderse de las regulaciones estatales y jurídicas, como no sea para desviarlas en su propio beneficio. De esta forma, las fronteras entre lo legal y lo ilegal han desaparecido en muchos sectores.

El resultado, continúa Pecaut es que confrontada a esta situación el resto de la sociedad, se va quedando sin razones para confiar en un Estado ausente y autista. Así, se ha producido una suerte de emancipación de la sociedad, pero de una sociedad fragmentada ella misma, parcelada, rebelde por tanto a las regulaciones de cualquier gobierno, y en ese sentido, muy poco «civil».

La desconfianza y ruptura entre Estado y sociedad tiene una segunda esfera de implicaciones. El gobierno, por su parte, tiene que cumplir sus compromisos aceptados en materia de lucha antinarcóticos pero se ve incapaz de sobreponerse al problema, porque, es incapaz de reconocer que no es solo una actividad delictiva, sino que el narcotráfico está intrínsecamente ligado a la génesis misma del Estado y a las brechas entre este y la sociedad. El narcotráfico es consecuencia de una ruptura en la configuración misma del Estado y una causa de la profundización de este déficit. Pero no solo el narcotráfico juega este rol, también otras actividades que se generan en los márgenes del control estatal como la minería ilegal.

La economía de la droga ha propiciado un remezón de las estructuras sociales. Sus efectos no solo produjeron una bonanza de los sectores inmobiliario y financiero



(esta último poco estudiado e infra dimensionado), sino que ha conllevado una auténtica “contrarreforma agraria”. Por lo menos cuatro millones de hectáreas de las tierras más productivas del país han pasado a manos de los narcotraficantes.

Asimismo, ha intensificado las desigualdades económicas y provocado una movilidad social perversa que al quebrantar las viejas jerarquías sociales, transforma los comportamientos, en particular los de los jóvenes. Incluso puede achacársele una profundización del machismo estructural en el que incluso las mujeres se convirtieron posesiones de los narcotraficantes, buena cuenta de ello dan algunas obras literarias como la conocida “sin tetas no hay paraíso” del escritor Gustavo Bolívar (2005).

2. Narcotráfico y cultura de la legalidad

Una vez reseñada las fallas de Estado Nación y sus instituciones y la brecha entre Estado y sociedad, este apartado analiza con mayor detalle la relación entre los cultivos ilícitos y la cultura de la ilegalidad. Para ello se recoge el trabajo que realiza Thuomi sobre los aspectos subjetivos que permiten el desarrollo y auge del narcotráfico en Colombia. Más adelante se recoge el diagnóstico de García Villegas que plantea las características de los perfiles de “incumplidores” en América Latina” en el cual encajan algunas de las características de los actores que operan en el negocio del narcotráfico y que permite analizar algunas de las dimensiones y perfiles de la relación entre los incumplidores de la legalidad y los eslabones de la cadena del narcotráfico.

El análisis de la cultura del incumplimiento de las reglas en América Latina ha sido planteado desde diferentes perspectivas. Ya se han señalado las características del marco estatal y social que fomentan la ruptura que supone en últimas el quebranto de la legalidad.

Desde el punto de vista estratégico basado en la idea de la sociedad como un conjunto de individuos racionales y egoístas algunos economistas interesados en el estudio de las causas de la violencia, sostienen que la criminalidad se explica mejor por la falta de sanciones efectivas que por otras causas como la cultura o la pereza (García Villegas, M., 2010: 136, citando a Montenegro, 1995 y Kalmanovitz, 2001). Evidentemente un estado indolente o incapaz es fuente de impunidad, sin embargo esta no es una característica exclusiva de Colombia. Los niveles de impunidad son igualmente altos o inclusive más en otros países del entorno. Más aun el énfasis que se ha hecho en el combate del narcotráfico lo hace una de las actividades sujetas a mayores penas. Asimismo, las medidas coercitivas como la fumigación o la imposibilidad de acceder a ayudas sociales deberían actuar como desincentivos del cultivo ilícito, sin embargo, la evidencia demuestra que no funcionan así.

Desde una perspectiva más sociológica y extraída concretamente de los análisis del narcotráfico Francisco Thuomi (2015) estudia las condiciones que hicieron de Colombia un país tan susceptible a la producción y tráfico de drogas ilícitas: “Mientras que la demanda internacional o nacional es necesaria para que exista un mercado criminal, para que este se desarrolle es necesario que la sociedad tenga una estructura, normas y organismos que lo faciliten, es decir, que hagan que la sociedad sea vulnerable”.

Si bien reconoce que el fenómeno del ilícito se concentrará donde es más fácil dejar de cumplir la ley, también señala que las divergencias entre lo legal y lo legítimo dependen del grado y naturaleza del capital social y de la cohesión social que exista en cada sociedad. Es decir, introduce dos conceptos que otros autores no incluyen,

capital social y cohesión. Esto es, dos conceptos que tratan de la forma en la que se relacionan las personas entre sí y con el Estado y las características y calidad de estas relaciones. Por tanto, permite dar una perspectiva colectiva al análisis y no meramente basada en los intereses personales o egoístas.

La confianza juega un papel relevante en cuanto allí donde existe menos confianza y firmeza de los lazos sociales, la gente está menos dispuesta a cumplir. (Putnam, 1992) Ahora bien, las vulnerabilidades sociales proporcionan las razones explicativas del surgimiento de muchos males o tragedias sociales, pero las vulnerabilidades sociales no son causas, sino factores que generan riesgos que aumentan la probabilidad de que surjan los males sociales y que alimentan círculos viciosos. Las causas son una conjunción de factores desde los ambientales que permiten “el éxito” de determinados cultivos, pasando por la vulnerabilidad a la corrupción de las élites y órganos de control, hasta la existencia de una demanda internacional.

Para Thoumi, la única solución posible para Colombia empieza aceptando que concentró la producción y tráfico de cocaína porque su estructura física, normas y órganos sociales hicieron que el país fuera extraordinariamente vulnerable al surgimiento de una demanda ilegal en el extranjero”. Tanto es así que otros tráficos ilícitos o emergentes a lo largo de la historia han generado procesos similares de violencia e ilegalidad, las esmeraldas o el oro, por ejemplo. Por tanto, para dar una solución al problema es necesario identificar los factores que hacen vulnerable a la sociedad, lo que implica llevar a cabo reformas sociales difíciles de implementar o de muy largo plazo.

Ahora bien, de cara a la búsqueda de soluciones y en especial de respuestas específicas que atiendan de forma diferenciada cada uno de los eslabones de la cadena de las drogas, vale la pena revisar el trabajo de García Villegas (2015). Este autor tipifica tres perfiles de incumplidores de la legalidad en América Latina: “el vivo” (listillo en España), que cree que su conducta incumplidora es una forma de mejorar sus beneficios frente a otros; el rebelde que incumple como una forma de ajustar cuentas con una sociedad injusta; y finalmente el déspota quien asume que tiene privilegios que le eximen del cumplimiento de las normas.

Esta tipología resulta útil para analizar los perfiles y justificaciones de los individuos y grupos involucrados en los eslabones del narcotráfico. Está claro que la decisión de involucrarse en una actividad ilegal está determinada por un interés personal por la consecución de recursos o poder, sin embargo, el entorno amigable a lo ilícito favorece y en algunos casos alienta la toma de decisiones personales.

Pasando al análisis de los perfiles de incumplidores, en primer lugar se encuentra, la imagen del “vivo o listillo” que sirve para tipificar al individuo que busca recursos y está dispuesto a saltarse la ley para conseguir sus fines. Puede ser la que impere tras aquellos que actúan en los eslabones de tráfico y distribución. Es la imagen popular del narcotraficante, aquella sobre la cual se basan las representaciones de las populares series de televisión.

En otro extremo encontramos el poder despótico que pasa por encima de las reglas porque se ve superior a la obligación de cumplirlas. Este tipo podría ajustarse más fácilmente a las élites corruptas que aprovechan sus privilegios para participar o facilitar el tráfico o alguno de los delitos conexos. Las sociedades altamente desiguales y con una injusta distribución de privilegios y de formas de relación con lo público son terreno abonado para elites corruptas que se aprovechan de forma patrimonial del Estado.

Ahora bien, en el caso concreto del que se ocupa este artículo hay una de las tipologías que se adecua más claramente, sin que por ello elimine la existencia de casos de las otras dos. Se trata de la visión política del incumplimiento. Se encuentran referencias entre quienes tienen una percepción crítica del poder y del derecho en América Latina. Esta visión sigue los lineamientos de la vieja tradición *iusnaturalista* española que pone la justicia por encima de la ley, y del derecho a resistir al poder injusto, por encima de la obligación a cumplir como los mandatos del soberano o del funcionario. García Villegas (2010: 143) llama a este tipo “La mentalidad del incumplidor rebelde” y lo condensa en la siguiente afirmación: “Si cumplir las reglas del patrón no tiene la recompensa que es debida entonces esa recompensa hay que buscarla por medio del incumplimiento”.

El cultivo de coca en Colombia está altamente ligado a una mala distribución de la tierra, concentrada en pocas manos y muchas veces obtenida a través de la coerción y la violencia. Los campesinos sin tierra, los de las regiones periféricas o de frontera, los que colonizan la selva, se han visto sistemáticamente excluidos de los mercados lícitos, de las tierras más productivas y de la representación y participación en democracia.

Se generan sistemas sociales poco cohesionados y en las que la ausencia del Estado ha propiciado formas de organización y gestión social diferentes. Asimismo, la violencia generada por la falta de sistemas de derechos y el control ejercido por poderes fácticos y la baja productividad de las tierras selváticas cultivadas con coca a lo largo del tiempo llevan a que se produzcan migraciones, procesos continuos de colonización y desplazamiento. Por este motivo, la desconfianza entre las personas y con las instituciones es acusada. Son sociedades en continuo trasegar y que viven bajo un patrón de búsqueda continua de los medios de vida sin lograr una estabilización formal.

La coca se ha convertido, no solo en Colombia, sino también en Perú y en algunos momentos de la historia de Bolivia en un aglutinador de campesinos pobres y que se ven atacados por el Estado. Ya en los años ochenta las “marchas cocaleras” en Colombia pusieron en aprietos al gobierno nacional, que aunque no lo reconociera hasta hace poco, siempre se ha sabido incapaz de actuar en todo el territorio nacional. Ante la falta de política rural equitativa e incluyente los que tienen coca en cierta forma tienen algo que negociar para atraer la atención y los recursos del Estado o para impedir su entrada.

La guerrilla misma propició esta idea y recurrió al “clientelismo armado” (Cubides, 2006) que la convertía en una suerte de intermediario de sectores sociales cocaleros o asentados en territorios con riquezas mineras o petroleras y el Estado. En el proceso de representación y negociación la guerrilla se llevaba una parte y conseguía beneficios del Estado para poblaciones que de otra forma permanecían en el olvido. Así pues, tanto la subversión como el cultivo de coca se valían de la imagen del rebelde que actuaba fuera de la ley para atacar a los que les excluían del sistema de beneficios.

Evidentemente aquí surge el gran dilema de la lucha contra las drogas tal como ha sido planteada frente a la producción. ¿Cómo pedirle actuar en el marco de una cultura de la legalidad a quienes viven en sistemas esencialmente injustos y para los que el Estado nunca ha operado de forma positiva?

3. El desarrollo alternativo como respuesta al problema de los cultivos ilícitos

El problema de las drogas ilícitas es en realidad la convergencia de múltiples problemáticas articuladas a través de los eslabones de una cadena que va de la siembra de cultivos ilícitos, pasando por la producción tráfico y distribución hasta llegar al consumo de las sustancias psicoactivas, narcóticas y estimulantes. Dada las diferentes problemáticas relacionadas a cada eslabón de la cadena se requieren abordajes diferenciados que den soluciones sociales, sanitarias y de seguridad ajustadas a cada problemática. En el caso de la producción de cultivos ilícitos estas soluciones de orden social se encuentran en lo que se conoce como “desarrollo alternativo”.

Existen diversas definiciones del desarrollo alternativo, la mayoría referidas al desarrollo alternativo como una forma de mejora sostenible de las condiciones económicas y sociales. Sin embargo, para este caso concreto la definición más apropiada es la que propone la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Crimen (UNODC) dado que se refiere específicamente al proceso de sustitución de cultivos ilícitos:

“Un proceso para prevenir y eliminar el cultivo ilícito de plantas que contienen sustancias narcóticas y psicotrópicas a través de medidas de desarrollo rural específicamente diseñadas en el contexto de crecimiento sostenido nacional y de los esfuerzos de desarrollo sostenible en países que luchan contra las drogas, reconociendo las características socioculturales particulares de las comunidades y grupos objetivo dentro del marco de una solución completa y permanente del programa de las drogas ilícitas” (UNODC, 2015: 77b).

La definición comprende un amplio conjunto de medidas y en especial recalca la especificidad y necesidad de adaptación de las mismas a los contextos en los que se generan los cultivos ilícitos. Otro aspecto importante es la mención a la búsqueda de una solución completa y permanente del problema de las drogas. Justamente esta es la verdadera cuestión, como dar una solución permanente al problema.

Si bien, el problema de la producción de drogas no puede atenderse desde una perspectiva reduccionista, ni a través de generalizaciones, lo cierto es que en el caso de los cultivos de coca, adormidera y en algunos casos en los de cannabis su existencia es en gran medida fruto de una combinación de factores entre ellos pobreza, exclusión de los mercados, desigualdad, y en especial debilidad del Estado Nación. Este artículo se centra justamente en este último aspecto, en algunas de las múltiples facetas de la debilidad estatal, concretamente en la cultura de la “ilegalidad” ligada en este caso del cultivo de plantas ilícitas y de las estrategias con las cuales se ha tratado en el caso de Colombia.

El desarrollo alternativo fue concebido como una estrategia complementaria a las estrategias de interdicción en los países con presencia de cultivos ilícitos. El concepto fue ampliándose gradualmente y no se limitó al remplazo de los cultivos, sino que también incluyó el procesamiento y la transformación de éstos, incluyendo la comercialización a través de organizaciones productivas y alianzas con el sector privado. (UNODC OEI, 2013: 14) En suma, el objetivo es el establecimiento de un enfoque balanceado de la lucha contra las drogas en la que el reconocimiento de la existencia de condiciones sociales “facilitadoras” de la producción de drogas llevara a balancear la coerción con políticas sociales. Esto es, el reconocimiento de que a pesar de que la lucha se centra en el carácter ilegal de la actividad se asume que hay factores que inciden directamente en ella y por tanto el desarrollo Alternativo se debe

dirigir a identificar y ayudar a concentrarse no solo en la producción concreta de narcóticos sino también en sus causas estructurales: subdesarrollo, marginalidad, pobreza entre otros.

En el caso concreto de Colombia, la política de desarrollo alternativo actual se basa en resaltar la importancia de las comunidades como espacio central de la transformación y se concentra en la generación de condiciones y oportunidades lícitas que conlleven al empleo productivo y sostenible de la mano de obra rural, que adicionalmente aporte a la superación de la pobreza de estas comunidades sustrayéndolas del circuito ilegal de los cultivos ilícitos. Esto implica idealmente el establecimiento de una base económica lícita en el ámbito regional y local, fortaleciendo el desarrollo sostenible integral, la gobernabilidad, la cultura de la legalidad, la conservación del medio ambiente y la valorización del patrimonio natural. (UNODC OEI, 2013: 14).

4. Presencia de los cultivos de Coca en Colombia

Tras muchos años de costosa lucha contra los cultivos ilícitos en 2016 en Colombia presentan una cifra record, 146 mil hectáreas, según el Censo anual de cultivos de coca de la Oficina de Naciones Contra la Droga y el Crimen. Un aumento del 52% frente al año 2015. Históricamente el año en el que se detectó una menor presencia de cultivos ilícitos fue el 2012 cuando bajaron a 49 mil hectáreas, es decir un tercio de la actual cifra.

A pesar del ingente esfuerzo realizado por el país a través de diversas medidas especialmente coercitivas, pero también de orden social, el objetivo de reducir las hectáreas cultivadas no ha conseguido alcanzarse. De hecho, no solo no se reducen de forma significativa las hectáreas cultivadas sino que se desplazan hacia áreas donde tienen un impacto aún mayor en términos ambientales y sociales. Tal como lo señala UNODC (2017) La afectación por cultivos de coca en áreas de manejo especial como resguardos indígenas, parques nacionales naturales o territorios afrodescendientes, siguen siendo una amenaza para la biodiversidad biológica y cultural del país.

En las tres categorías de áreas de manejo ambiental especial que existen en el país se registró un incremento del área sembrada con coca entre 2015 y 2016: en Resguardos Indígenas del 32%, en Tierras de las Comunidades Negras del 45%, y en Parques Nacionales Naturales del 27% (UNODC, 2017: 15)

Si el impacto ambiental y geográfico de los cultivos de coca no disminuye, tampoco hay efectos notables sobre el mercado, es más, incluso cuando se reducen las hectáreas la productividad de las mismas tiende a aumentar. La producción potencial de hoja de coca fresca pasó de 454.050 toneladas métricas en 2015 a 606.130 toneladas métricas en 2016, un incremento del 33,5% explicado principalmente por el aumento en el área productiva. Esto se debe a la aplicación de mejoras tecnológicas y de un uso más eficiente de la hoja para producir pasta base. (UNODC, 2017: 15)

Ahora bien, dado que el panorama nacional es malo en términos de la consecución de disminuciones substantivas en la presencia de cultivos ilícitos, habría que revisar el impacto de los mismos sobre la calidad de vida de los cultivadores para analizar su persistencia. Según el Reporte de Drogas de Colombia de 2016 (Observatorio de Drogas de Colombia, ODC), si se analiza el mercado global de la droga, los cultivadores solo reciben el 1,4% de los ingresos totales de la cocaína de

todos los niveles del tráfico y en la cadena del negocio son los más vulnerables. Es más, podría esperarse que los esfuerzos de lucha contra la producción, redujeran los suministros e incrementaron los precios de la droga, pero lo que se observa es que las ganancias del negocio del narcotráfico permiten sostenerlo y crean alternativas de choque con alto grado de adaptabilidad. En suma, nos enfrentamos a un fenómeno con un alto nivel de capacidad de ajustarse a situaciones adversas en el que no hacen mella las medidas adoptadas, y que a su vez no parece basarse en su capacidad redistribuidora para generar una base de productores estable sino en su aprovechamiento de la pobreza y desigualdad crónicas como base de explotación.

Más aun, según los estudios de precios incluidos en el Monitoreo de Cultivos de Coca de 2013 en Colombia los precios de los productos derivados de la producción y transformación de coca no guardan una lógica frente a los cambios en la oferta y la demanda. Por tanto cobra fuerza hipótesis sobre la prevalencia de una estructura de mercado de tipo monopsonio lo cual lleva a un control del precio con niveles más bajos en relación a aquellos que se pactarían en un mercado competitivo.

De hecho, se estima que en 2015 alrededor de 74.500 hogares con un promedio de 5 miembros, percibieron ingresos por actividades de producción. Cada integrante de hogar podría recibir alrededor de 1.180 dólares al año frente a los 5805 de renta per cápita del país (SIMCI, 2017). Valga apuntar que en uno de los países más desiguales del mundo, esta cantidad es superior a la renta media de un hogar campesino minifundista dedicado a los cultivos lícitos.

4.1. La política dicotómica de la contención de los cultivos ilícitos: entre la seguridad y el desarrollo social

En términos generales la estrategia de erradicación o de lucha contra los cultivos ilícitos se basa en dos tipos de estrategias: las de interdicción y las de desarrollo alternativo. Las primeras estrategias corresponden a aquellas que buscan la destrucción de los cultivos a través de la fumigación, o la erradicación manual.

Las medidas de desarrollo alternativo se concentran, en términos generales, en la búsqueda de la sustitución de cultivos. Dicha sustitución se promueve a través de la generación de proyectos productivos individuales y/o colectivos y de transferencias condicionadas. Adicionalmente existen otras medidas de intervención en los territorios a través de inversiones en infraestructuras y dotaciones.

4.2. Programas de Desarrollo Alternativo

En Colombia la Ley 30 de 1986, conocida como Estatuto Nacional de Estupefacientes (ENE) determina que todos los eslabones de la cadena de las drogas ilícitas son ilegales y constitutivos de delito. Concretamente la Ley señala:

“El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de diez (10) a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales. Si la cantidad de plantas de que trata este artículo excediere de veinte (20) sin sobrepasar la cantidad de cien (100), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa en cuantía de uno (1) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.”

Es decir que el cultivo es ilegal y supone penas muy significativas de cárcel, sin embargo, poco después de la aprobación del Estatuto se iniciaron los primeros programas de sustitución de cultivos ilícitos. En 1987 se hicieron las primeras intervenciones en los departamentos de Cauca y Nariño, en el sur del país, a través de un enfoque multisectorial coordinado bajo la estrategia de Naciones Unidas. En 1990 este programa se amplió a los departamentos de Guaviare, Caquetá y Putumayo (Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las drogas). En 1993 el gobierno impulsó el Plan Nacional de Rehabilitación a través de programas para la sustitución de amapola en los departamentos de Tolima y Cauca.

La estrategia se reformuló en 1995 a través del Programa Nacional de Desarrollo Alternativo (PLANTE) una intervención territorial focalizada. Este programa fue pionero en usar la presencia de cultivos ilícitos como criterio de focalización municipal y se financió a través de un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo. La estrategia de erradicación usada fue la de erradicación paulatina, -“a través de acuerdos con los pequeños productores, estrategia que llevó a lo que denominaron -desarrollo con coca-, donde se sustituían cultivos y a la vez se cultivaba coca”- (DNP, 2012: 10)

Este Plan sufrió grandes problemas de gestión que lo hicieron prácticamente inviable en su primera fase. La segunda fase, se caracterizó por una pésima toma de decisiones debida al desconocimiento de las características sociales del problema de los cultivos ilícitos (Uribe, S., 2002). Ninguna de las dos fases consiguió resultados notables.

A la finalización del PLANTE se instituyó entre 2001 y 2003 y de forma paralela al Plan Colombia el Programa Campo en Acción, que estableció los primeros pactos de erradicación voluntaria con cultivadores, pero que por fallos en la gestión se vio limitado en su alcance.

El Plan Colombia, por su parte (1998-2015), determinó un giro de 180 grados que no solo consolidaba las directivas de la política antidrogas norteamericana sino que unía en una misma estrategia la lucha antinarcóticos con la lucha antiterrorista y antisubversiva. El Plan Colombia tenía un componente militar, el mayoritario, que redefinió el equilibrio bélico del conflicto armado en Colombia. El componente social por su parte, era minoritario y estaba subordinado a la estrategia militar y sobre todo a su lógica securitaria. (Rodríguez, E., 2015). El Plan se desarrolló en tres etapas las dos primeras de ellas durante los gobiernos de Andrés Pastrana y Álvaro Uribe. Entre 2000 y 2007 la mayor parte de las ayudas del componente social se destinó a Desarrollo Alternativo (DNP, 2015). Fue en este periodo donde la guerra alcanzó su mayor impacto humanitario a través de masacres, combates y ataques indiscriminados y el desplazamiento de millones de colombianos. El sector rural periférico colombiano quedó en medio del fuego cruzado y bajo la dominación de los grupos en conflicto. Tanto guerrillas como paramilitares se beneficiaban de la coca y propiciaron su cultivo, aunque sus finanzas se diversificaron con otros negocios extractivos como la minería del oro, y la ganadería.

Junto con los programas de desarrollo alternativo en el Plan Colombia la estrategia de fumigación con “glifosfato” se reforzó, lo cual generalizó la estrategia de garrote o zanahoria. Esto es, la dicotomía entre la adopción de los planes y propuestas gubernamentales o la destrucción de los cultivos y criminalización del cultivador como infractor de ley y aliado de grupos “narcoterroristas”.

De cualquier forma, a pesar, de la capacidad coercitiva del Plan Colombia, y tal como reflejan las cifras las hectáreas cultivadas no disminuyeron, en 2007 sobrepasaban las 90 mil hectáreas e incluso habían aumentado frente a 2003.

En 2006 se creó el Plan Nacional de Consolidación territorial, una estrategia que buscaba llevar el Estado a los territorios en los cuales no había estado presente o solo lo había hecho a través de la estrategia militar, concretamente en el caso de la sustitución de cultivos ilícitos su objetivo estaba “concentrado en la generación de condiciones y oportunidades lícitas para el empleo productivo y sostenible de la mano de obra rural” (CONPES).

Este Plan creó varias estrategias que han permanecido en el tiempo aunque con importantes variaciones especialmente en su financiación para atender la problemática y el impacto de los cultivos ilícitos; La primera de ellas la erradicación forzada a través de erradicación manual.

Dado que el uso del glifosato había abierto un gran debate y más aún una controversia jurídica internacional con Ecuador por los supuestos efectos nocivos de este herbicida. La erradicación forzosa se implementó a través de “batallones” de erradicadores manuales, oficialmente denominado como Grupo Móvil de Erradicación, que destruían una a una las plantas. En el marco del conflicto armado esta estrategia abrió un nuevo frente de combate e incentivó el uso de minas antipersonales por parte de los grupos armados no estatales.

En entrevistas realizadas por la autora en terreno en el marco de una evaluación para un organismo multilateral (UNODC; 2013) los campesinos acogidos ahora al programa de desarrollo alternativo relataban como los grupos guerrilleros les daban cursos para instalar las minas para proteger sus cultivos; y lo que es más grave, otros de sus vecinos relataban que ante la falta de empleo se habían convertido en erradicadores. Literalmente se trataba de un campo de guerra que convirtió a iguales en la pobreza en enemigos sin que realmente existiera una diferencia ideológica ni de objetivos últimos entre unos y otros. Más aun, algunos de los erradicadores habían vuelto luego al cultivo de coca y después se habían acogido a programas de erradicación manual coincidiendo en estos con los que siempre mantuvieron sus cultivos.

Paralelo al proceso de erradicación manual, se creó el programa de Familias guardabosques que consistía en “transferir condicionalmente un apoyo económico directo a familias campesinas, indígenas y afrodescendientes para la recuperación y conservación de ecosistemas, el uso sostenible de los recursos naturales, la implementación de bienes y servicios ambientales y la generación de ingresos alternativos en zonas social y ambientalmente estratégicas” (DNP, 2003). La particularidad de este programa fue que no se focalizó en los cultivadores de coca sino especialmente en aquellas familias que se asentaban en territorios donde había “riesgo” de coca. Si bien este criterio desde un punto de vista de prevención y atención integral tiene sentido, por el otro también quedó abierto a la indefinición del concepto “riesgo”.

Dado que la presentación de resultados positivos es imperiosa para cualquier gobierno, el criterio del “riesgo” se convierte en una ocasión para aplicar las políticas en zonas donde no existen las condiciones que propician el narcotráfico y si las que permiten la pervivencia de la economía lícita y por tanto donde de los incentivos tienen mayores resultados. Un buen ejemplo es la implementación del programa en zonas donde históricamente no ha habido cultivos como por ejemplo en las islas en el Caribe. No se señala que el objetivo fuera incorrecto, pero sí que no debería

corresponderse a la estrategia antinarcóticos sino a la estrategia de desarrollo rural del país. Del total de las familias cobijadas por el programa el 69.8% nunca habían tenido contacto con cultivos ilícitos y el 30.2% si lo habían tenido. (UNODC, 2011:10)

Una tercera estrategia fue la de “proyectos productivos” (previa erradicación voluntaria) y la ya señalada erradicación forzosa para quienes no erradicaran voluntariamente. Los proyectos productivos buscaban generar oportunidades para otros procesos productivos entre campesinos que se comprometieran a no volver a sembrar ilícitos. En este caso destaca la potenciación de la creación de cooperativas y el enfoque territorial y no individual de los proyectos. El programa entendía de forma acertada que es necesaria la transformación comunitaria y por tanto buscaba crear condiciones para favorecer dicho proceso.

Tanto en la estrategia de Familias Guardabosques como en la de Proyectos Productivos se visibilizan esfuerzos en su diseño por trabajar desde una óptica de fomento de la cultura de la legalidad aunque una vez revisados los instrumentos puestos en marcha queda en evidencia que no existen herramientas específicas para ese objetivo.

Actualmente, el Programa Integral Nacional de Sustitución de Cultivos de uso Ilícito (PNIS) es parte de la implementación de los Acuerdos de la Habana entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC. El Acuerdo de paz señala que la superación del problema del narcotráfico no debe limitarse a la erradicación de cultivos, sino al cambio en las condiciones de vulnerabilidad en los territorios, su transformación. Esto supone la articulación de estrategias en el territorio para conseguir su transformación integral. Esta apuesta se corresponde con el exhaustivo diagnóstico de las causas y consecuencias de la confrontación armada que se realizó a lo largo del proceso de diálogos y que dio lugar a los siete puntos del Acuerdo.

En el diagnóstico de la estructura y causas del conflicto armado, más que atender a la cultura de la ilegalidad, se discutieron los fallos del Estado, su histórica ausencia de los territorios periféricos o su presencia fragmentada y con ello la debilidad del Estado de Derecho con el que no tienen relación alguna buena parte de los colombianos. La presencia de los cultivos ilícitos es una más de las consecuencias del fallo del Estado ligado a la presencia de incentivos para el crimen organizado que se analizarán más adelante.

La sustitución de cultivos que se propone a día de hoy pasa por la transformación de los territorios, y por tanto requiere articularse con el concurso de las comunidades. Tal como lo señala la Fundación Ideas Paz (FIP 2017) el PNIS es la cara más visible de la implementación del Acuerdo de Paz con las FARC en muchas veredas y municipios con coca donde la intervención del Estado resultó imposible en el pasado por la confrontación armada y el control de la guerrilla.

En estos territorios, con el acompañamiento de las FARC, el Gobierno ha venido convocado a las comunidades y la institucionalidad local para construir acuerdos colectivos que permitan avanzar en la sustitución. La firma de acuerdos con las comunidades permite iniciar procesos que a través de subsidios, apoyo técnico y social faciliten a las familias el paso a cultivos lícitos. Una estrategia que sigue el modelo de los proyectos productivos pero incorporando componentes de dialogo y compromiso con las comunidades para incorporarlas a la voluntad de transformar el territorio y que además bebe de las lecciones que dejaron los anteriores programas que se apoyaban en sistemas de transferencias condicionadas.

Este proceso se ha iniciado en el marco de una fuerte presión internacional, dado que los recientes cambios en el gobierno de EEUU han llevado a urgir, nuevamente, al país a disminuir los cultivos a través de las medidas coercitivas como la fumigación. Evidentemente el uso de la misma daría al traste con cualquier intento de acuerdo con las comunidades y con la posibilidad de integrarlas al esfuerzo por consolidar el Estado. De esta manera, según la Fundación Ideas Paz (FIP 2017) la demanda de soluciones inmediatas se contrapone con la necesidad de apostarle a un esfuerzo sostenido enfocado en mejorar la calidad de vida de los campesinos y el desarrollo rural, con el riesgo de que las respuestas inmediatas terminen consumiendo los recursos necesarios para implementar las medidas de largo plazo. Está claro que esta tarea no será fácil, ni rápida.

5. Cultura de la legalidad y sustitución de cultivos ilícitos: Evidencia Empírica

Hasta ahora se han descrito los programas con los que históricamente ha intentado realizarse la sustitución de los cultivos ilícitos en Colombia. A continuación se realiza un análisis de la relación entre la debilidad del Estado y sus fallos y la cultura de la ilegalidad.

Del apartado anterior se recogen dos conclusiones: la primera es la incapacidad de los programas que han existido en conseguir transformaciones permanentes, así, como su incapacidad para generar un arraigo a los mismos entre la población. Una de las claves para entender esta incapacidad está en lo que ya en 2002, un consultor en desarrollo alternativo señalaba: “Durante los últimos 12 años los gobiernos han impuesto soluciones sin entender que hay que concertar las mismas con el campesinado...” más aun, afirmaba “se debe reflexionar sobre el daño que se hace el Estado a si mismo cuando no cumple con sus promesas, pierde su credibilidad y por ende su legitimidad” (Uribe, S., 2002).

El segundo de los problemas emana de la necesidad y presión por obtener resultados por encima de atender la complejidad de la problemática. La sustitución enfrenta múltiples desafíos vinculados a la débil articulación del Estado en el territorio, la relación del centro con la periferia, la distribución desigual de los recursos, la permanencia de actores armados ilegales y la generación de expectativas en un contexto de austeridad y competencia entre diversos actores (FIP, 2017: 16)

En este apartado se analiza la evidencia existente en materia de fortalecimiento de la cultura de la legalidad a través de los diferentes programas que han tenido lugar en el país con el objeto de acabar con los cultivos ilícitos.

A pesar de la evidente importancia de la creación de una cultura de la legalidad, o del acercamiento o impulso de la misma entre las personas de cara al esfuerzo de erradicación de una actividad ilícita, este componente no siempre ha estado presente y visible en los programas. De hecho, es en los últimos años en los que en el marco del trabajo holístico con los “territorios” ha encontrado algún encaje. Asimismo, es importante señalar que no hay una gran oferta de trabajos académicos que analicen o levanten evidencia sobre este fenómeno. La popularidad de los diagnósticos sobre la existencia del narcotráfico no encuentra contraparte en el estudio de las repercusiones sociales, o psicosociales o comportamentales de los colectivos objetivo de la política de desarrollo alternativo.

Un trabajo reciente pero que recoge una evaluación muy completa del impacto de los programas para llevar el Estado a las regiones es el de Claudia López (2016). La autora analiza de forma sistemática las políticas de los últimos 30 años y encuentra que, por ejemplo, donde coinciden la herencia del ya reseñado Plan Nacional de

Rehabilitación y la intervención antinarcoóticos del Plante se sustituyen unos efectos negativos por otros en la dimensión de coerción, se intensifican los efectos adversos en la dimensión de erradicación y se mantienen los de baja participación en toda las elecciones en la dimensión de legitimidad”. Es decir que ni se consiguieron resultados en términos de erradicación ni tampoco se consiguió alentar la participación política, sintomática de una relación viva con el Estado.

También evidencia que la coincidencia de Programas de Desarrollo Productivo con el Plan Colombia disminuye la violencia pero genera más resistencia a la autonomía fiscal y la participación electoral.

En general, el trabajo concluye que el balance de los programas presidenciales para llevar el Estado a las regiones de los últimos treinta años ha sido limitado, cuando no contraproducente. Establece que si bien los programas sin duda han fortalecido la estatalidad colombiana general, sin embargo, los municipios intervenidos por los programas no han seguido la misma tendencia “ciertas formas de violencia se crecen u otras se reciclan, el recaudo de impuestos y capacidad de inversión local usualmente se deterioran, así como la calidad de la gestión local y la participación electoral en los municipios intervenidos” (López, C., 2016: 311) Este trabajo resulta interesante en cuanto a falta de evaluaciones de impacto de los programas determina dimensiones de análisis que pueden ser útiles en ausencia de otros datos.

Otra fuente de información de evidencia empírica son las evaluaciones independientes que se han desarrollado sobre los Programas de Desarrollo Alternativo y particularmente sobre los programas de proyectos productivos y familias guardabosques.

Dichas evaluaciones dejan evidencias que aunque limitadas, dadas las restricciones de muestreo y la aplicación de metodologías esencialmente cualitativas dan una buena idea sobre la calidad e impacto de estos programas.

En la evaluación realizada por UNODC sobre los programas de desarrollo alternativo de un periodo de 10 años destacan algunos hallazgos como el desgaste de la participación social dada la falta de continuidad de los programas o el limitado éxito de los proyectos productivos implantados. La mayoría de ellos incapaces de reemplazar los ingresos y facilidades comerciales de la coca de forma permanente.

A pesar de ello los beneficiarios de los proyectos reconocen y valoran el apoyo que el Programa de Desarrollo Alternativo (PDA) y UNODC les ha brindado y tienen un alto nivel de confianza en esta institución, pero también cierto grado de dependencia de los técnicos de Naciones Unidas. A pesar de tratarse de comunidades rurales el monocultivo de coca ha debilitado los conocimientos agrícolas para la implementación de otros cultivos y eso hace que sea necesaria la presencia de os apoyos técnicos por periodos más largos que los establecidos en los programas. La discrepancia entre la lógica de proyecto y su calendarización y la necesidad de apoyo social y productivo hacen que los lazos de confianza creados durante un programa se debiliten y extingan ante el súbito “abandono” a la finalización de los programas.

El modelo de consolidación territorial es de carácter concéntrico se comienza la intervención desde el centro poblado y se va consolidando dentro del territorio. Este proceso puede tomar varios años y por lo tanto si se deja de atender a las familias y no existe una estrategia expedita para que otros programas lo apoyen las familias que queden desatendidas estarán nuevamente en riesgo de regresar a lo ilícito, a ser parte

de grupos armados o bandas emergentes o regresar a la condición de pobreza en la que se encontraban antes de la intervención (UNODC, 2014: 63)

Otra evidencia muy relevante es que en la mayoría de los casos no se ha percibido un pleno reconocimiento por parte de las comunidades de la fuente de financiación del PDA por parte del gobierno colombiano; a pesar de procesos de socialización y sensibilización realizados, es todavía escasa la notoriedad de la Unidad de Consolidación Territorial del gobierno alcanzada entre los beneficiarios como entidad encargada del PDA (UNODC, 2014: 62) Los campesinos atendidos por los programas no reconocen que estos son un esfuerzo del gobierno por brindar alternativas. Al ser ejecutado por otros actores bien sea Naciones Unidas u ONG solo establecen relaciones de confianza con estos y no con la institucionalidad estatal que es la que debe entrar y asentarse en el territorio. El Estado a pesar de su esfuerzo sigue siendo un extraño y una fuente de desconfianza.

Específicamente en materia del establecimiento de lazos de confianza, una de las evaluaciones concluye que los PDA deberían incluir la atención del tema psico-social y que este no ha sido incluido nunca. De hecho, señalan que en comunidades afectadas por el conflicto es indispensable generar confianza entre las personas, para adelantar con éxito los proyectos. Es fundamental lograr un acompañamiento más prolongado y diferencial y un fortalecimiento de los sistemas de organización (UNODC, 2014: 87)

Finalmente se reseña un trabajo que quizás es el que más concretamente ahonda en la cuestión de la cultura de la legalidad. Ibáñez y Martinsson (2013) realizaron diferentes estrategias para obtener evidencia empírica sobre cambios actitudinales en las personas que habían participado en PDA.

A pesar de los escasos resultados objetivos, su experimento permite demostrar cambios positivos en actitudes personales: mayor tendencia a actuar de forma honesta y demuestran avances sociales cuando se interviene con enfoques positivos y de recompensa.

El trabajo consistió en aplicar en el terreno dinámicas de juegos en las que una conducta de trampa permitía ganar fácilmente. De forma muy resumida los resultados mostraban que aquellas personas que habían accedido a intervenciones de tipo PDA recurrían a la trampa con menos frecuencia que los que no lo habían hecho y que la existencia de incentivos para actuar de forma legal determinaba cambios en la conducta.

Si bien el resultado es relevante y apoya la conclusión, esta es limitada y de difícil generalización, por lo cual persiste de la necesidad de potenciar la inclusión de estrategias para fortalecer los vínculos de confianza y las conductas legales

6. Conclusiones y perspectivas

El déficit en la construcción de un sistema social cohesionado y de una institucionalidad incluyente es uno de los factores determinante en la producción de cultivos ilícitos a gran escala en Colombia.

Tras revisar los instrumentos, puesta en marcha y resultados de los programas de desarrollo alternativo en el país se ha puesto de manifiesto que en general que estos no han sido consistentes en el diagnóstico y abordaje de las fallas en la cultura de la legalidad, especialmente al determinarse desde un enfoque que se basa en la seguridad del Estado como objetivo último y de la implementación centrada en la

búsqueda de productos sustitos de la coca como instrumento. La coca se ha afianzado en el país porque este cuenta con las condiciones facilitadoras para la ilegalidad, por tanto su combate pasa por atender no al producto como tal sino al conjunto de los problemas que determinan su existencia.

A la falta de resultados y de enfoques específicos que alimenten la confianza entre personas y con las instituciones, la cohesión y la cultura de la legalidad se suma el efecto perverso de la falta de resultados de los programas de Desarrollo Alternativo que profundizan la desconfianza en las instituciones. La falta de resultados, de

A pesar de los escasos estudios académicos sobre la cultura de la legalidad en el marco del desarrollo alternativo, se han encontrado evidencias a favor de enfoques basados en la generación de estímulos positivos para el ingreso a legalidad pero requieren acompañarse de medidas efectivas para mejorar la calidad de vida de las familias campesinas y en especial para conseguir que estas mejoras sean sostenibles en el largo plazo. Asimismo es necesario realizar evaluaciones para garantizar el cumplimiento de objetivos en este sentido a mediano y largo plazo. Desde luego tendría sentido que se desarrollara una propuesta basada en la teoría del cambio para fundamentar los programas de desarrollo alternativo.

En el marco del entorno cambiante hay razones para creer que es posible mejorar la implementación de enfoques amplios en los que se incluya de forma consistente la cultura de la legalidad como herramienta y objetivo.

Ahora bien, el contexto para el futuro de los procesos de desarrollo alternativo en el marco de la implementación de los Acuerdos de Paz de la Habana es incierto tanto a nivel internacional como nacional.

En los últimos años se ha abierto un debate global sobre el cambio de la política de drogas con resultados escasos aun. En 2016 tuvo lugar la Sesión Especial de Naciones Unidas sobre Drogas, aunque dio escasos resultados en materia de cambio del marco normativo internacional sí que abrió la puerta a la flexibilización de la interpretación del mismo. Esto es una oportunidad para que Colombia tenga mayor autonomía en la determinación de su política antidroga y en el abordaje social de la misma. Sin embargo la elección de Donald Trump ha traído de nuevo presión por obtener resultados en disminución de hectáreas con medidas de coerción que imposibilitan cualquier instrumento que intente un cambio en la relación con la legalidad.

Finalmente y aunque no ha sido objeto de este artículo no se puede dejar de señalar, otro de los factores que inciden en la articulación de estrategias sostenibles a largo plazo y con una mayor capacidad de incidencia en aspectos sociales: la crisis de ingresos que está sufriendo el país. La caída en los precios del petróleo y en general las materias primas han limitado la capacidad del estado para cubrir las políticas de implementación de los acuerdos de paz. Lo que se une a la inestabilidad política del país ante las próximas elecciones presidenciales en las que se define el futuro del postconflicto.

Bibliografía

- BOLIVAR, G. (2005), *Sin tetas no hay paraíso*, DeBolsillo, Bogotá.
- COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2011), *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014*.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2003), *CONPES 3218 Programa de Desarrollo Alternativo 2003-2006*.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2010), *Documento Conpes 3669 Política nacional de erradicación manual de cultivos ilícitos y desarrollo alternativo para la consolidación territorial*. Bogotá.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2015), *Evaluación del Programa de Familias Guardabosques y Grupo Móvil de Erradicación*; SINERGIA.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2015), *Plan Colombia: Balance de los 15 años*. Disponible en:
https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Sinergia/Documentos/PLAN_COLOMBIA_Boletin_180216.pdf
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN; UNIÓN TEMPORAL ECONOMETRÍA CONSULTORES (2012), *Evaluación del Programa de Familias Guardabosques y Grupo Móvil de Erradicación*. Disponible en:
<http://www.prosperidadsocial.gov.co/inf/doc/Evaluaciones%20de%20Programas%20%20Historico/2012-EVALUACION%20PROGRAMA%20FAMILIAS%20GUARDABOSQUES%20Y%20GRUPO%20MOVIL%20DE%20ERRADICACION.pdf>
- THOUMI, F. (2012), *¿El “problema” del control de drogas es institucional o de política?*. Disponible en:
http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/thoumi_francisco_control_asunto_institucional_o_pol_es.htm
- FUNDACIÓN IDEAS PAZ (FIP) (2017), *¿En qué va la sustitución de cultivos ilícitos? Principales avances, desafíos y propuestas para hacerles frente*, Primer Trimestre
- GARCÍA PINZÓN, B. (2015), *Cooperación y seguridad en la Guerra contra las drogas*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- GIZ (2010), *Rethinking the Approach of Alternative Development, Principles and Standards of Rural Development in Drug Producing Areas*
- IBAÑEZ, A. y ARIAS, M. (2014), “Conflicto armado en Colombia y producción agrícola. ¿Aprenden los pequeños productores a vivir en medio del conflicto?” En M. Arias et al. *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia. ¿Cómo construir un postconflicto sostenible?*, Uniandes, Bogotá.

IBAÑEZ, M. y MARTINSSON, P. (2013), “Curbing coca cultivation in Colombia — A framed field experiment”, *Journal of Public Economics*; Volume 105, September 2013, Pages 1-10.

LOPEZ, C. (2016), *Adiós a las FARC ¿y ahora qué? Construir ciudadanía, Estado y mercado para unir las tres colombias*, Editorial Debate, Bogotá.

MATHIEU, H. y NIÑO, C. (edits) (2013), *From Repression to regulation: Proposals for drug policy reform*, Friederich Ebert Stiftung, Bogota.

NACIONES UNIDAS (2015), *Action Plan on International Cooperation on the Eradication of Illicit Drug Crops and on Alternative Development* (General Assembly resolution S-20/4 E).

OBSERVATORIO DE DROGAS DE COLOMBIA (2017), *Reporte de Drogas de Colombia 2016*, Ministerio de Justicia, Bogotá.

PECAUT, D. (2006), *Crónica de cuatro décadas de política colombiana*, Norma, Bogotá.

PECAUT, D. (1996), “Presente, Pasado y Futuro de la Violencia en Colombia.”, *Desarrollo Económico*, Vol. 36 N.144, pp. 891-930.

PECAUT, D. (2004), “Hacia la Desterritorialización de la Guerra y de la Resistencia a la Guerra”; en VARIOS (2004) *Dimensiones Territoriales de la Guerra y la Paz*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

RODRÍGUEZ, E. (2015), Narcotráfico y Conflicto armado en Colombia; en IBAÑEZ, J, y otros, *Criminalidad Organizada en conflictos internos*, Technos/Universidad, Barcelona.

TICKNER, A. (2001), “La guerra Contra las Drogas: Las Relaciones Colombia-Estados Unidos Durante la Administración Pastrana”, en ESTRADA, J. (ed.), *Plan Colombia: Ensayos críticos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

THOUMI, F. (2015), *Debates y paradigmas de las políticas de drogas en el mundo y los desafíos para Colombia* – Editorial Academia Colombiana de Ciencias Económicas.

UNODC (2011), *Encuentro Nacional Programa Contra Cultivos Ilícitos*, UNODC, Bogotá.

UNODC (2015), *Principios guías sobre desarrollo alternativo de Naciones Unidas*.

UNODC (2015), *World Drug Report*

UNODC, Oficina de Evaluación independiente (2013), *Informe de Evaluación Independiente Programa de Desarrollo Alternativo Colombia*, Bogotá.

URIBE, S. (2002), “Desarrollo Alternativo”, *Revista Semana*, 16/06/2002.

WOLA (2006), "In dubious battle: fumigation and the U.S. War on Drugs in Colombia". *Memo to the Congress*. Disponible en:
http://www.wola.org/publications/in_dubious_battle_fumigation_and_the_us_war_on_drugs_in_colombia

FORO Y ÁGORA

Justicia de élite: impunidad y desigualdad

Elite justice: impunity and inequality

José de Jesús Pérez Martínez
El Colegio de San Luis, A.C.
josedejesusperemartinez@gmail.com

Recibido / received: 11/12/2017
Aceptado / accepted: 27/02/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4160>

Resumen

Se presenta un estudio interdisciplinario sobre los efectos sociales resultantes de la interacción entre impunidad y desigualdad socioeconómica en México centrado en el terreno sociológico. La relación recíproca entre ambas variables se observa en varios efectos sociales, como: la creciente vulnerabilidad de determinados sectores, al tiempo que el dominio político de ciertos sectores se vuelve económico y jurídico; una administración de justicia que hace distinción entre actores; o una variedad de derechos vulnerados, costos y carencias al enfrentar a la justicia, violaciones que escapan a la ley, o que se acumulan durante el proceso penal y permanecen sin castigo, con la consecuente ausencia de confianza en las autoridades judiciales

Palabras clave

Impunidad, desigualdad, justicia penal, corrupción, delito.

Abstract

An interdisciplinary study about the social effects after the interaction between impunity and socioeconomic inequality in Mexico is presented here located in the sociological field of studies. This reciprocal relation between these two variables can be seen in several social effects, such as: the exacerbation of the vulnerability of certain sectors, while the political domain of other sectors becomes economical and juridical; a justice administration that makes a distinction among the actors; or a variety of infringed rights, costs and lacks in the moment of facing the justice, violations that escape from the law, or either accumulate during the legal process and stay with no punishment, and the consequent lack of trust in the judicial authorities.

Keywords

Impunity, inequality, criminal justice, corruption, crime.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Reflexión teórica sobre el origen de ambos problemas sociales. 3. Reflejo cuantitativo de la experiencia mexicana. 3.1 La cadena de justicia y el papel de la autoridad. 3.2 Los vicios en la justicia criminal: impunidad y cifra negra. 3.3. Factores socioeconómicos que inciden en la justicia. 4. Conclusiones.



1. Introducción

¿De qué manera se relacionan en la sociedad los efectos de la impunidad con los de la desigualdad socioeconómica? Para intentar responder a ello se han planteado las siguientes hipótesis: a) la desigualdad socioeconómica influye, aunque no necesariamente determina, en la impartición de justicia, generando diferentes grados de impunidad; b) la interacción entre impunidad y desigualdad socioeconómica genera repercusiones sociales que refuerzan o incrementan los mismos problemas; y c) la impunidad depende de otros factores además de la desigualdad socioeconómica, como son la corrupción, la violencia, las características del proceso judicial e incluso el tipo de agresión cometida, por lo que no podemos hablar de una relación causal explicativa unidireccional.

En busca de dar respuesta a lo anterior, el objetivo general de este estudio es explicar la repercusión social del cruce entre impunidad y desigualdad socioeconómica, mientras los efectos sociales observados en el contexto permitan reconocer una relación dinámica entre ambos problemas.

La impunidad implica que la justicia ha fallado en sus principios, que se ha dejado a los criminales sin un castigo, y manda a la sociedad un mensaje de que el castigo penal es solo una remota posibilidad. En un escenario que promueve conductas ilícitas con un Estado incapaz de proteger a sus ciudadanos contra el crimen, la impunidad es un problema que, cuando se ha estudiado, ha sido desde las perspectivas jurídicas. No es un problema aislado, se rodea de obstáculos sociales como la corrupción o la violencia, pero, en este caso, destaca la importancia de la brecha de desigualdad socioeconómica entre la élite política y el resto de la población, un problema estudiado tradicionalmente por el enfoque económico.

El presente estudio resume los hallazgos de la interacción de áreas disciplinares como el Derecho, la Economía, la Ciencia Política y la Sociología, pero tratados específicamente desde la Sociología Política. La desigualdad ha sido definida y considerada de diversas maneras, y está claro que no toda capacidad es medible en dinero, pero, para no estancarse en un debate filosófico en esta etapa, se considera que los términos de desigualdad socioeconómica importantes para este estudio son precisamente los referentes al nivel de ingreso, pues los servicios de defensa ante los tribunales de justicia pueden llevar previa una mediación de pago de servicios cuando se opta por una defensa privada, por lo menos en México. Esta desigualdad en el ingreso termina por convertirse en una desigualdad en el acceso a la justicia y en la defensa ante las cortes penales.

La impunidad denota la ausencia de un castigo para el agresor, aunque se percibe en diferentes grados en el sistema penal dependiendo el tipo de agresión. Las agresiones no son únicamente los delitos tipificados, además existen otras violaciones de Derechos Humanos derivadas de decisiones arbitrarias de autoridades, o perpetuadas por instancias estatales o actores privados, que ni siquiera son contempladas en los códigos penales, por lo que se pueden pensar como casos de impunidad *de iure*, escapando desde el instante del supuesto a los alcances de la ley.

2. Reflexión teórica sobre el origen de ambos problemas sociales

Aunque son problemas que se estudian tradicionalmente por distintas áreas disciplinares, si nos remontamos a la discusión filosófica, se pueden vincular dos campos alejados sobre el terreno de lo social. En sintonía con el planteamiento de no buscar una correlación directa ni unilateral, se buscan los rastros de una relación con dinamismo y reciprocidad en las percepciones de la sociedad. Los problemas de desigualdad e impunidad tienen cierto contacto social, pero la división disciplinar no lo ha dejado ver del todo claro, es más útil el enfoque multidisciplinar para poder observarlo.

El crecimiento en la desigualdad se ha dado desde las bases del sistema económico neoliberal, pues las posibilidades de libre acumulación implican la formación de élites poderosas, con capacidad de manipular o imponerse en los ámbitos político, social y económico. Poco a poco, lo social se ha sometido al mercado, todos los aspectos de la vida se han vuelto mercancía acumulable y transferible. El fetiche es el dinero y su valor, que se proyecta sobre el valor del trabajo y la persona que lo hace (Marx, 1867: 101)

Junto al capitalismo vino la abstracción, el cálculo, la especulación por encima de la necesidad humana. La máquina (o sistema capitalista) dicta los valores a tomar en cuenta y lo que debe entenderse por Justicia (Mumford, 1997: 13-17, 44), de igual manera, impone nuevos hábitos y va moldeando la moral y los ideales de la sociedad, dejando a su paso un acceso desigual a los satisfactores. Cuando lo acumulado rinde más ganancias que el trabajo o que el capital, se está promoviendo una desigualdad en la que se impone quien antes acumuló, transmitiendo desigualdades entre generaciones por medio de las herencias (Piketty, 2014). Es muy probable que la descendencia de quien se impuso en la acumulación tenga un punto de partida ventajoso sobre el resto de los ciudadanos en términos económicos, sociales y políticos, pues, en todo tipo de instituciones, se reproducen los preceptos de lo económico, que se impone sobre la justicia y lo social, apoderándose de las estructuras (Polanyi, 1944).

Con lo anterior, no es necesario seguir fingiendo que hay una mano invisible. Es notorio, en términos sociales, a quién beneficia esa mano y por quién puede ser movida (Bauman, 2014: 51-52). Las élites políticas y económicas reciben las ventajas que se amplían a todo ámbito de la vida social. Siempre que la acumulación sea ilimitada terminará por generar abundancia, pero se genera a la par su equivalente en miseria, va creciendo la brecha. Los ciudadanos de una misma sociedad habitan un mismo territorio, pero viven diferentes mundos, dejando un panorama al que Sousa Santos (2009: 563) identifica como fascismo social.

En este sistema económico, del nivel de ingreso depende gran parte de la realización de capacidades humanas (o tener siquiera la opción de realizarlas, aunque por ciertas decisiones no se logre). La riqueza consiste precisamente en poder elegir entre varias opciones. La libertad de una persona consiste entonces en poder fijar sus fines y el poder conseguirlos (Sen, 1992: 45-52). La pobreza, por el contrario, restringe el rango de elecciones, el pobre debe ponderar qué necesidad satisface, y en particular, los costos para hacer frente a la justicia, que no suelen estar en el presupuesto básico de una familia cuyos recursos se destinan a la subsistencia básica. La carencia acarrea un estigma social (Goffman, 2012: 23) del que se cuelgan las desventajas sociales, no todas visibles. En contraparte, la élite obtiene además de la abundancia, cuestiones como prestigio y fama. La obsesión por poder siempre elegir, coloca en un estatus alto al que puede hacerlo, le da mérito social (Bauman, 2014: 39). Hoy en día, junto con la acumulación viene la

ostentación, el mercado ha dictado el valor de mostrar el poder al resto de la sociedad (Raphael, 2014).

Las elites conformadas obtienen, junto con el prestigio social, el valor del capital, los medios de producción o acumulación y las posibilidades de manipulación institucional. Socialmente, la élite es un lugar reducido, menos del 1% es el que es capaz de manipular la estructura institucional (Piketty, 2014). Uno de sus mecanismos es ir ocupando poco a poco los puestos públicos. Cuando el desempeño es pobre o tendencioso, las élites socavan la confianza en las instituciones. Son insensibles a la realidad popular y viven otro mundo. La influencia política es un componente necesario para la desigualdad, pues cambia las decisiones, manipula las instituciones e inclina la balanza en favor de quien goza de esa influencia, dejando de lado a la justicia social. Es entonces el puesto público visto como una unidad de ganancias, por lo que informalmente se paga. El funcionario que llega mediante la influencia, o que solo se sirve del puesto público, es asimilado socialmente como un parasito, algo que ocurre con todo tipo de puestos, incluso aquellos del Poder Judicial.

El aparato judicial y demás instituciones que funcionan en sintonía con el modelo capitalista sirven para proteger los privilegios, están al servicio de los postulados económicos de progreso y crecimiento (Illich, 2011: 463). El Derecho penal no es hecho por y para todos, la mayoría de la población no participa en ello, lo cual, en el fondo, promueve asimetrías (Foucault, 1975: 320-321). Lo mismo pasa con el mantenimiento del orden, una atribución que no se encomienda a todos, dejando espacios para actuaciones excesivas y arbitrarias de aquellos encargados de ejercer el control (Gellner, 1991: 118-122).

Así pues, con el tiempo, la justicia se ha adaptado al sistema económico y ha protegido los valores que le acompañan. El esquema de castigo moderno ha hecho lo propio al respecto, pues, aún con penas alternativas, el castigo sigue recayendo en la economía política del cuerpo (Foucault, 1975: 34). La prisión se ha aparejado al sistema capitalista en la época contemporánea como el esquema dominante de castigo para los crímenes. Su aplicación retira libertades y derechos, deja al preso fuera del mercado laboral y le coarta la mayoría de sus capacidades. Pero no solo a él, también deja muchos estragos para su familia. La prisión no retribuye en realidad beneficios tangibles a la sociedad, el daño no es reparado, pero sí le genera costos a la sociedad y crea criminales en un entorno que contamina a quien ingresa. La prisión ha fracasado al querer reducir la criminalidad, es común que al interior haya decisiones arbitrarias, corrupción, abuso de poder. Es un obstáculo a la movilidad social más que un beneficio social.

Existen hoy en día sociedades como la mexicana, en las que cualquier tipo de delito busca castigarse con cárcel, y otras en las que una variedad de castigos que se aplican en la práctica cotidiana aligeran la carga de las prisiones. Siendo cualquiera que sea el caso, podemos entender a la impunidad en el ámbito de la justicia penal, como la agresión cometida que permanece sin castigo alguno. La impunidad tiene múltiples dimensiones y causas, y va a la par de grandes problemas como la violencia, la corrupción y la inseguridad. Es un fenómeno de difícil medición por cuestiones como la falta de denuncia, las lagunas legales o los datos maquillados que brinda el gobierno a las instancias evaluadoras o estadísticas. Por ello, son importantes los datos de las organizaciones civiles especializadas para poder ampliar el seguimiento.

Es necesario un concepto más amplio de impunidad, pues solo enfocarse en el delito puede dejar fuera muchas agresiones. Hay actos arbitrarios de la autoridad

que permanecen sin castigo o que no se consideran como delitos. La impunidad va más allá de la ausencia de castigo, es un fenómeno que tolera y que promueve el crimen sin consecuencias para el que agrede a la sociedad. Se han unido hoy los ideales de lo económico y de la Justicia. El sistema económico no solo distribuye la riqueza y la desigualdad, también se ha encargado de repartir el acceso a justicia y a las ilegalidades. Estas bases teóricas que ayudan a revisar la relación dinámica entre impunidad y desigualdad se vuelven más tangibles al acercarse al plano práctico de la realidad social.

3. Reflejo cuantitativo de la experiencia mexicana

En el trayecto del estudio que da pie al presente escrito, se ha realizado un seguimiento de los datos relativos al sistema de justicia, el sistema penitenciario y a mediciones de desigualdad socioeconómica de fuentes oficiales de Gobierno, publicados en su mayor parte por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). Esta información ha sido contrastada y complementada con los datos generados por instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil que se han especializado en este tipo de asuntos. Gracias a ello, se han realizado diversos hallazgos que permiten identificar una problemática compleja a partir de la interacción entre la desigualdad socioeconómica y la impunidad de una manera más tangible.

El seguimiento de datos para el estudio abarca hasta fines de 2015, un año antes del límite para completar la implementación nacional del nuevo sistema penal acusatorio, derivado de la reforma judicial de 2008. México es un excelente ejemplo de una sociedad en donde conviven la impunidad y la desigualdad socioeconómica en niveles extremadamente altos. Son problemas tan extendidos en México que incluso han llegado a ser vistos como parte de la normalidad social, como algo que se piensa colectivamente como obvio en el funcionamiento del propio sistema y con lo que se lidia por costumbre. Los datos obtenidos respecto a lo expuesto anteriormente y los hallazgos que de ello se desprenden se sintetizan en adelante para ilustrar la medición que se propone de la impunidad en referencia a la desigualdad socioeconómica.

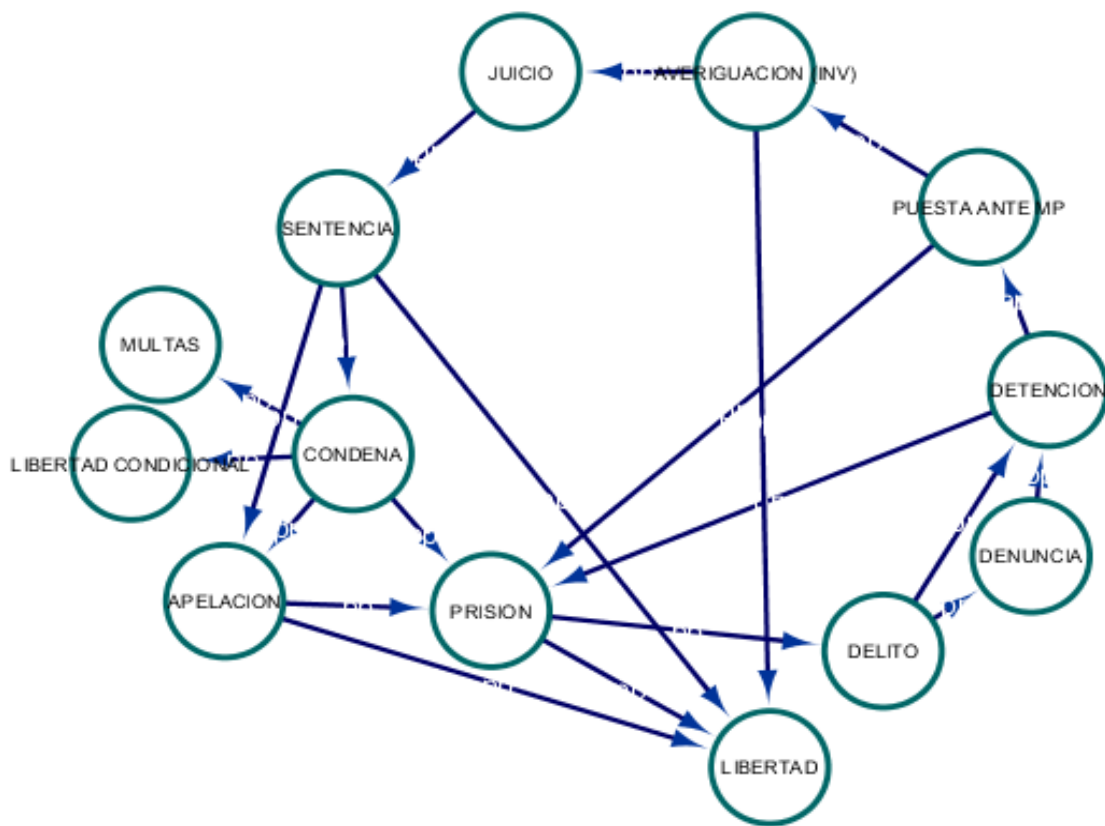
3.1 La cadena de justicia y el papel de la autoridad

El sistema de justicia penal mexicano atraviesa una etapa de cambio que se genera a partir de la reforma constitucional de 2008, que planeaba al 2016 como límite de tiempo para consolidar el paso hacia el esquema acusatorio de justicia penal. El sistema acusatorio ha entrado en vigor a destiempo a lo largo del territorio nacional, por lo que los datos para juzgar su desempeño son hasta ahora insuficientes. Es por ello que los datos utilizados para este estudio se ubican en el anterior sistema penal, llamado también inquisitivo, un esquema que ha echado raíces en la mentalidad de las autoridades judiciales.

Los procedimientos propios de este sistema previo son en su mayoría de naturaleza escrita, implican un análisis posterior y derivan en una decisión más secreta; al ser escritos, le dan especial importancia a los formalismos y culminan en una colección de trámites burocráticos con la pérdida de tiempo que esto implica, provocando procesos lentos y tediosos. Las pruebas se unen a ese ritualismo de lo formal con una validez que se les predetermina en la ley, descuidando el fondo.

Incluso una confesión firmada puede ser prueba única y suficiente para condenar a alguien, aún si se obtuvo en una posible situación de abuso, tortura o extorsión. Las partes en realidad no tienen un diálogo, o quizás se desconozcan entre ellas y el resultado que se busca de este proceso judicial es la pena para el acusado, destacando la importancia del castigo, pero olvidándose de resarcir o reparar el daño causado para la sociedad o la víctima, de prevenir delitos o de reinserir al delincuente a la sociedad, incrementando el descontento social.

Para poder imponer un castigo en este esquema, se debe proceder mediante el debido juicio penal desarrollado ante el tribunal o autoridad correspondiente. A esto le corresponden una serie de pasos en el procedimiento que pueden identificarse como la cadena de justicia (Gráfica 1), la cual ha sido ilustrada para fines de este estudio con una gráfica de Red Social, elaborada mediante el software *Cytoscape*, en donde los nodos no se corresponden con los actores como tradicionalmente se hace, sino que los nodos que se identifican aquí son las etapas de dicha cadena de justicia.

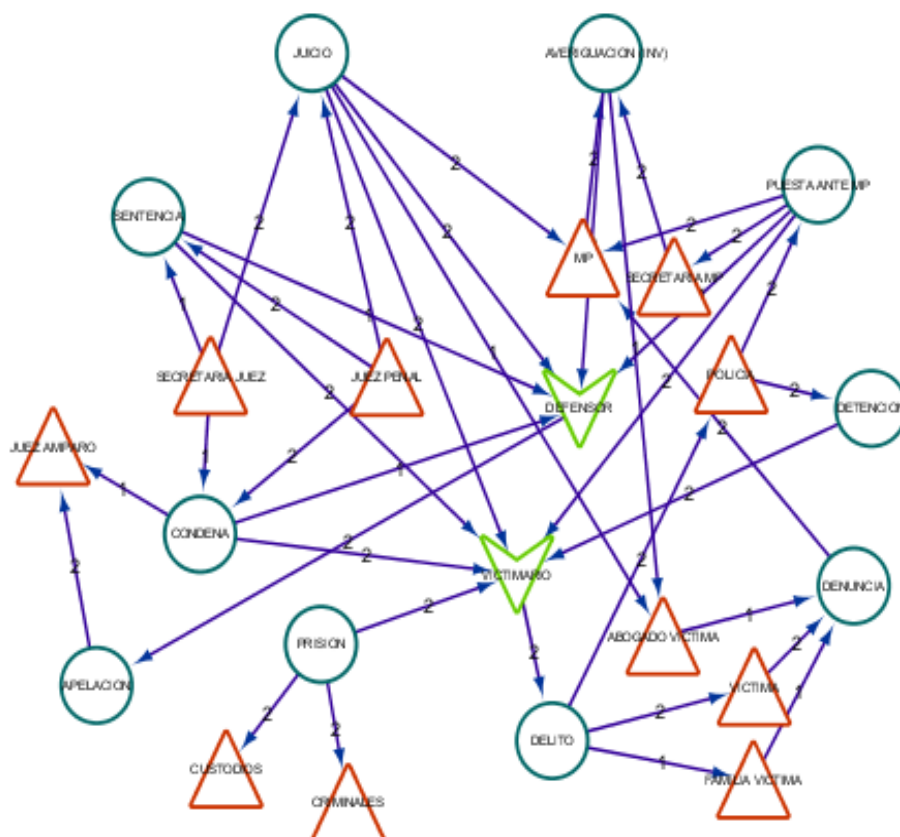


Gráfica 1 – Red de etapas en la Cadena de Justicia
 Fuente: elaboración propia en Cytoscape

Partiendo del momento del delito, se puede pasar directamente a la detención en los casos de flagrancia, o bien cumplir con el requisito de la denuncia que desencadena la investigación. Al ser detenido el agresor, lo normal es que sea puesto a disposición del Ministerio Público y, después, se integra el expediente con

la averiguación previa y es turnado a juicio, donde el juez analizará el caso para poder dictar sentencia (que puede consistir en una condena o la libertad, o que puede ser apelada en otra instancia). Finalmente, si la condena lo prescribe, el agresor purga su pena alternativa o su pena en prisión: quien al haber pagado su condena recupera su anterior estado de libertad. Se puede observar en esta gráfica que cabe la posibilidad de llegar a la cárcel sin haber pasado por el juicio, pues la prisión preventiva es una de las situaciones de las que se abusa en México, lo cual constituye una violación de los derechos de las personas que deja en prisión que no han sido juzgadas apropiadamente como culpables.

Como un aporte metodológico, se modificó esa misma gráfica para agregar su relación con los actores en cada etapa del proceso dando como resultado la Gráfica 2, en la que se incorporan a los actores o roles principales que interactúan en el proceso penal, en forma triangular. Se destacan en el centro los triángulos invertidos referentes al victimario y su defensor, pues servirán para una posterior comparación en el nivel de los hallazgos. Partiendo nuevamente desde la etapa del delito, vemos cómo entran en acción autoridades o roles como la víctima, su abogado y su familia, la Policía, el agente del Ministerio Público, el Juez Penal y el Juez de Amparo o de segunda instancia, todos ellos con sus respectivos secretarios. Finalmente aparecen los custodios de la prisión y el resto de los criminales que la habitan.



Gráfica 2 – Red de etapas y actores de la Cadena de Justicia
 Fuente: elaboración propia en Cytoscape

Según los datos del Índice Global de Impunidad (UDLAP, 2015: 53-58), para la fecha de su elaboración, México contaba con 4,28 jueces por cada 100.000 habitantes, mientras que, en los 59 países comparados en el Índice, el promedio fue de 17 jueces. En países como Croacia, Eslovenia y República Checa, el promedio de jueces por cada 100.000 habitantes es de 45. Estos países, a su vez, ocupaban los mejores puestos en cuanto a menor Índice de Impunidad. Otro dato relevante es el porcentaje de aquellos que son detenidos sin proceso ni sentencia, pues en México es el 46,86% de los detenidos quienes están en esta situación, mientras que en Croacia es la mitad, el 23%.

Un hallazgo importante en términos de justicia es que la Policía como conjunto ha demostrado ser el eslabón más débil de la cadena de justicia mexicana, pues su promedio de 485 elementos por cada 100 mil habitantes se ubica por encima del promedio internacional de 342. Sin embargo, el problema con la Policía no es un número insuficiente, sino el pobre desempeño y la mala percepción que les tiene la ciudadanía. Muchos de los elementos policiacos aún no han sido evaluados; y de los que han sido evaluados más de 28 mil no han pasado el control de confianza, esto es cerca del 9% del cuerpo policiaco que continúan en funciones a pesar de reprobado la evaluación, sin que eso implicara su separación del cargo.

Parte de las deficiencias policiacas se engloban en el mal trato que dan a los ciudadanos, llegando a considerarse este abusivo y excesivo. Las vulneraciones a los Derechos Humanos se presentan para ambas partes: la víctima del delito recibe los daños propios de la agresión o el delito cometidos, contra varios derechos básicos como la vida, la libertad o la integridad. Pero también es posible identificar que la autoridad le falla al resguardar su derecho a la protección y a la seguridad, además de no generar los medios adecuados y eficientes para denunciar y acceder a los procesos de justicia.

La situación es más difícil desde el punto de vista del acusado, llegando a vivir situaciones como la tortura generalizada, las desapariciones forzadas, el encarcelamiento político y hasta las ejecuciones extrajudiciales, que reflejan el lado más oscuro del abuso de poder, que no son lo más común, pero suelen presentarse a lo largo del proceso penal. En la Encuesta a Población en Reclusión 2012, los internos contestaron que las violaciones más comunes que sufrieron en la etapa de la detención fueron no recibir orden de aprehensión por escrito, no ser tratados con respeto, no recibir una identificación de quien les detuvo ni recibir información de a qué corporación policiaca pertenecían, no le escucharse lo que tenía que decir, ser amenazados, quitársele pertenencias, golpeársele, ser insultado o humillado, todo esto en más de la mitad de los casos. En la etapa de la puesta ante el Ministerio Público no cesan las vulneraciones, las más reiteradas fueron el hecho de no informarles de su derecho a no declarar; no brindarles las posibilidades de hacer una llamada telefónica; no informar del derecho a tener un abogado o una defensa justa; y no explicar los motivos de su estancia en ese lugar. Durante el juicio, solamente el 24% contó con un defensor privado. Solamente el 48,5% confesó ser culpable porque efectivamente lo era, el resto declaró ser culpable luego de ser torturado, amenazado, presionado, engañado en su persona o su familia.

Los abusos no se detienen al llegar a prisión sin importar si ha llegado ahí por ser culpable. Los internos suelen toparse con más violaciones como ver condicionados sus derechos y bienes más básicos mediante cuotas (económicas o de servicios), además de habitar un entorno que atenta constantemente contra la dignidad humana física y psicológica, con condiciones como el aislamiento, la falta de separación entre internos, el hacinamiento derivado de la sobrepoblación, la incomunicación y la falta de salubridad que contribuyen a degradar la salud e

integridad física y mental. Hay fallas en la atención médica, la alimentación, el medio ambiente saludable, el desarrollo psico-sexual, el trato digno, la comunicación familiar, el sano esparcimiento, y la protección contra la violencia y el uso de la fuerza.

El aparato estatal que cuida la observancia de la legislación y vela por garantizar seguridad y respeto a los ciudadanos es la última esperanza de protección contra las agresiones que pueden ocurrir en el tejido social. El funcionamiento de este organismo determinará si el pueblo puede sentirse protegido por sus autoridades, y si en realidad lo está. La serie de violaciones y abusos que se han mencionado anteriormente, además de la falta de resultados observada por la población, han dejado a la Policía en el segundo lugar de las instituciones con menos confianza ciudadana (Consulta Mitofsky, 2012), solamente por encima de los Diputados, y por debajo de los Partidos Políticos y los Senadores. En la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción Sobre Seguridad Pública (ENVIPE) de INEGI (2013a), más de la mitad de la población considera como altamente corruptas a la Policía de Tránsito, la Policía Municipal, los Jueces, el Ministerio Público, la Policía Estatal, la Policía Judicial, la Procuraduría General de la República y la Policía Federal.

Una de las consecuencias de esa mala percepción de confianza en las instituciones de justicia por parte de la población, es que la ciudadanía no acostumbra a denunciar los delitos sufridos. De acuerdo con las encuestas de victimización (INEGI, 2013b), las principales causas para no haber denunciado un delito son: considerar que no sirve para nada, la falta de confianza en la autoridad, malas experiencias en el pasado, miedo a represalias del delincuente, que toma mucho tiempo, o no saber con quién acudir; la mayoría de ellas, causas atribuibles a la autoridad. Se necesita un entorno con mecanismos más efectivos y menos formalismos o requisitos para denunciar, pues diferentes tipos de delitos debieran admitir diferentes tipos de denuncia.

3.2. Los vicios en la justicia criminal: Impunidad y Cifra Negra

La impunidad es algo difícil de medir por naturaleza, pues se refiere a las ausencias de castigo, ausencias que escapan a mediciones directas. Sin embargo, es posible observar distintos comportamientos del aparato judicial, resultando en distintos grados de impunidad, al igual que distintos grados de cifra negra en función al delito, ya que cada tipo delictivo tiene sus características constitutivas, entre ellas las económicas y sociales.

Impunidad judicial para fines del presente análisis se interpreta como la ausencia de un castigo tras la actuación judicial para un delito tipificado que ha sido denunciado. Cifra negra es el gran número de delitos que se cometen, pero que, por cualquier razón, no han sido denunciados, siendo prácticamente imposible iniciar un procedimiento penal. Si se unen ambas formas de ausencia de castigo, es posible proponer la medición de la impunidad general, que abarcaría al conjunto de delitos que, ya sea por falta de denuncia (cifra negra), o por una mala actuación judicial (impunidad judicial), permanecen sin castigo alguno. Todo lo anterior hace referencia a una impunidad *de facto*, pues ocurre en la práctica.

Es importante distinguir lo anterior de la impunidad *de iure*, que incluye todos los casos en los que, de entrada, la ley no tipifica como delito la agresión o violación de ciertos Derechos Fundamentales, quedando automáticamente fuera del rango de

competencia de la autoridad judicial; o agresiones que son juzgadas por tribunales especiales, como los militares o eclesiásticos; agresiones cometidas por los Estados o sus autoridades que no son incluidos en la legislación; cuando el castigo y la investigación se encomiendan a autoridades externas como comisiones legislativas o auditorías que carecen de fuerza punitiva; los diversos tipos de fueros o inmunidad; cuando la víctima desconoce que la agresión que sufre constituye un delito o no hay medios para castigarla; o bien, cuando no es posible identificar a una persona física como el culpable directo.

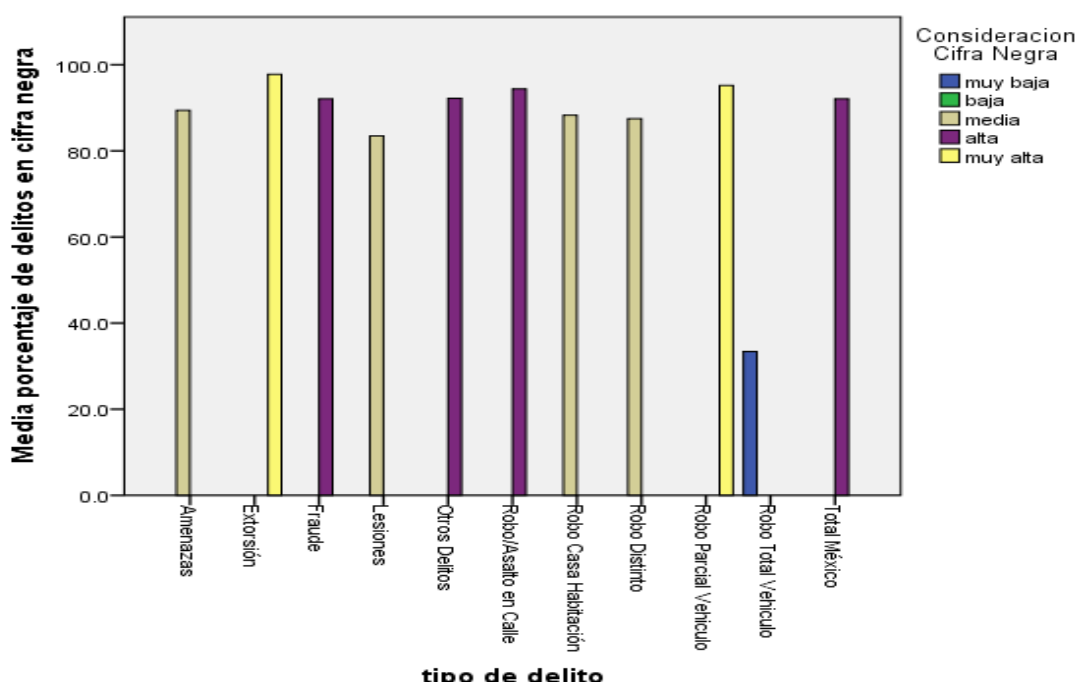
En las disciplinas jurídicas una dicotomía común es lo que se da *de facto* y *de iure*, lo que se relaciona con distinguir si nos referimos a algo de hecho o de derecho, similar a la distinción entre la teoría y la práctica. Mientras *de facto* es un ámbito observable en las acciones, el ámbito *de iure* se reserva para lo observable en la ley y demás fuentes del derecho, ya sea de una manera literal o hermenéutica. Una de las propuestas de esta investigación es reconocer que la impunidad puede presentarse de ambas formas. La impunidad de hecho o *de facto* es la que reconocemos al existir una ausencia de castigo para una agresión contemplada como delito con sanción prevista, pero que de hecho no es aplicada; mientras que, la impunidad de derecho o *de iure* es aquella en que la agresión ni siquiera es tomada en cuenta por la Ley como algo susceptible de ser castigado, o bien, la propia Ley marca una excepción para imponer el castigo. La impunidad *de iure* escapa más a la vista que la impunidad *de facto*, por lo que no ha habido hasta ahora una medición completa, y esto es apenas una propuesta para no perderla de vista, además de que, pensar en medirla puede ser un trabajo más complejo que involucra cuestiones hermenéuticas profundas, culturales, políticas, legislativas, psicológicas y de percepción subjetiva difíciles de enlazar de manera cuantitativa. Por ello la impunidad *de iure* no constituye el foco central de este estudio.

Regresando a la impunidad *de facto* (en adelante simplemente impunidad) y a la cifra negra, lo complicado es medir las ausencias (de castigo o de denuncia respectivamente) y la facilidad para caer en errores de cálculo o para menospreciar la magnitud del problema. Siendo estas las que han llevado a la propuesta de medición realizada. Haciendo uso de las bases de datos de la Agencia Oficial de Estadísticas de México, el INEGI, que dispone muestreos anuales confiables en cuanto a percepción ciudadana y que para mediciones gubernamentales usa datos brindados por las propias instancias. Los datos de INEGI han sido procesados a través de SPSS y la finalidad de los cálculos generados es apreciar las variaciones en el funcionamiento de los procesos judiciales, así como analizar la información sobre la comisión, denuncia y procesamiento de diferentes tipos de delitos para verificar que la impartición de justicia tiene diferente efectividad tratándose de distintos tipos delictivos, resultando en diferentes grados de impunidad y cifra negra.

Debido a la compatibilidad de fuentes y a la presencia de un indicador en particular (referente a la denuncia y procesamiento según tipo delictivo) se utilizaron dos encuestas del INEGI, ambas de 2013, que, a su vez, reflejan los datos de 2012. La primera es la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción Sobre Seguridad Pública (ENVIPE), con la que es posible hacer cálculos como: el costo promedio del delito, el estancamiento de la averiguación o incluso la cifra negra, ya que esta encuesta, como su nombre lo especifica, toma en cuenta la percepción de la víctima, sin importar aún la reacción judicial. El problema al ser enfocada a la percepción ciudadana es que solo incorpora 9 tipos delictivos específicos y otras dos categorías, dejando fuera algunos delitos de difícil percepción directa como el narcomenudeo o la evasión de presos, así como delitos con dificultades para su comunicación en este tipo de instrumentos como el homicidio o la privación de libertad.

La segunda fuente fue el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal (CNIJE) que tiene limitaciones para calcular la cifra negra y la impunidad general, pero funciona de manera más exacta para la impunidad judicial, permitiendo monitorear la calidad del proceso y de la condena una vez que un delito ha sido denunciado y el proceso ha sido abierto. Además, este censo ha permitido observar la victimización y, específicamente, la impunidad judicial para un catálogo más amplio de 32 tipos delictivos y otras 11 categorías. En los casos de los delitos del CNIJE, en los que no hay datos de percepción que permiten calcular la cifra negra, ha sido usado el promedio general de cifra negra publicado por INEGI (92,8%) como promedio para el año 2012 (reportado en las encuestas de 2013).

Para el Tratamiento en SPSS, la categoría de observación fue el tipo delictivo. Se generaron porcentajes como variables transformadas y también se asignaron valores ordinales para hacer gráficas y cálculos cruzados. El valor 0 fue asignado como perdido, 1 para situación ideal y cuanto más alto era el valor, más preocupante sería la situación (3, 4 o 5 dependiendo el caso). De acuerdo con las funciones de análisis de resultados respecto a la cifra negra e impunidad fue posible encontrar los siguientes hallazgos:



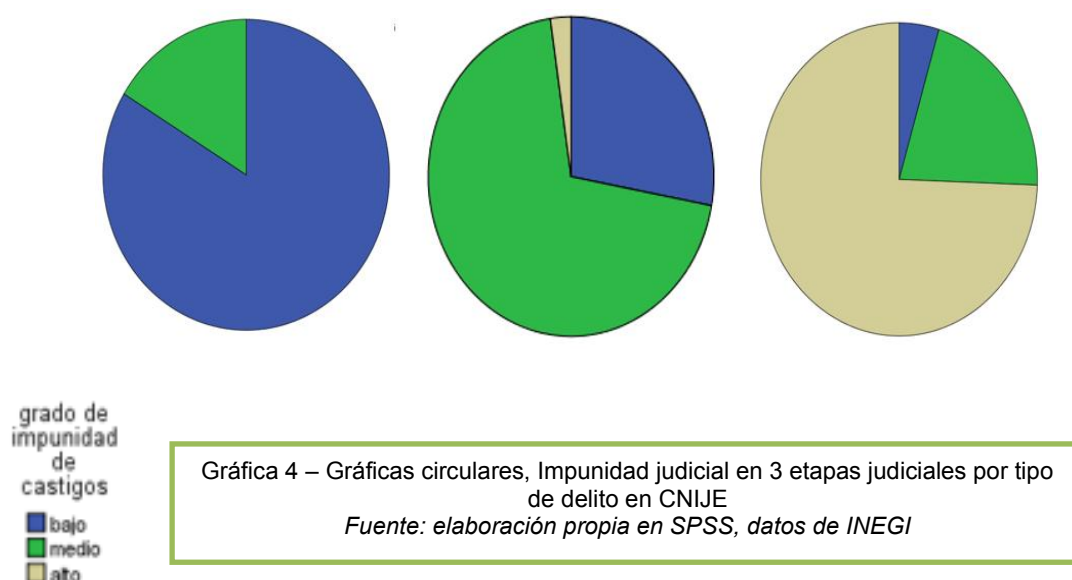
Gráfica 3 – Gráfica de barras, cifra negra 2013
 Fuente: elaboración propia en SPSS, datos de INEGI

En la posible observar el cifra negra (Gráfica

ENVIPE es alto nivel de 3), cerca de

9 de cada 10 tipos delictivos tienen cifra negra superior a 85% (cuya categoría fue media), solo un tipo delictivo tiene una cifra negra menor al 80%. Esto quiere decir que, en esos tipos delictivos, solamente 2 de cada 10 incidentes se denuncian y logran abrir el proceso penal. En contraparte, solo un tipo delictivo registra un nivel medio de denuncia, el robo de auto. Para esto, una de las posibilidades es que las personas denuncian el delito por ser uno de los requisitos de las aseguradoras para reclamar la póliza de indemnización.

Pasando a la impunidad judicial, el análisis se ha dividido en tres etapas: al inicio de proceso (cuando se integra la averiguación previa); al término del proceso (cuando termina el juicio); y en la sentencia condenatoria (que hace pasar a la aplicación de la pena). Este comparativo de impunidad en las distintas etapas se realizó con los datos de CNIJE y se muestran los hallazgos en la Gráfica 4. Se puede observar que, mientras más avanza el proceso, mayor nivel de impunidad judicial se presenta, se van cerrando expedientes sin que se deba precisamente a que hayan sido concluidos. El contraste más notorio se halla entre la etapa inicial, en que predomina la baja impunidad, y la etapa final, con impunidad predominantemente media, lo que genera muchas dudas sobre la funcionalidad del sistema judicial y los factores externos que llegan a influir en el trayecto. En la etapa de sentencia condenatoria la impunidad alta es lo que predomina en la mayoría de los delitos, solo 9 de 43 categorías siguen en el rango medio (secuestro exprés y los diversos tipos de robo); mientras que solamente dos tipos delictivos (robo en transporte público colectivo y el tipo no especificado) presentan baja impunidad hasta la sentencia condenatoria.



La impunidad general incorpora todo lo calculado anteriormente, la impunidad judicial en todas sus etapas y la cifra negra. El resultado del cálculo de la impunidad general para todos los tipos delictivos en México fue mayor en todos los casos al 90%, llegando en algunos casos a porcentajes cercanos al 99%.

3.3. Factores socioeconómicos que inciden en la justicia

¿Qué sucede cuando se incorpora el factor de la desigualdad socioeconómica en la ecuación de la Justicia? Las instituciones quedan en peligro de desviar sus funciones originales, pueden ser usadas para reproducir la desigualdad y reforzar el poder de aquellos en el cargo, o de sus allegados, permitiendo así a las elites adueñarse de cierta institución, además de los privilegios y facultades propios de ella.

Existe una multitud de casos que van desde los acusados que, a pesar de su inocencia, terminan en prisión por falta de medios para defenderse; los típicos funcionarios que violan la ley y se escudan en la figura de la inmunidad; al igual que

personas con cierta fama o poder económico que logran convencer a la opinión pública o a los jueces de su pseudo-inocencia; hasta casos en los que es más que evidente la responsabilidad del acusado y en los que inexplicablemente el caso se cierra o se le otorga la libertad quedando ocultas las razones de esa puesta en libertad en la oscuridad de los expedientes.

La Justicia tiene un papel fundamental para el desarrollo humano, de manera directa e indirecta, y la falta de ella, puede significar para alguien una desventaja tremenda en términos sociales, al igual que para la comunidad entera. Las instituciones encargadas de proteger los Derechos Humanos a nivel nacional deben ostentar la solidez y la autonomía necesarias para garantizar esa protección a los individuos, ya que de nada sirve el gran avance en este terreno a nivel internacional, si en el nivel nacional estas instancias no cuentan con los recursos para hacerlos valer.

La Justicia, el acceso a ella o su impartición no son aspectos de fácil medición, inciden muchos factores subjetivos y a veces contrapuestos. Lo que para alguno puede parecer justo en cierta medida, para otro puede significar la injusticia total. Sin embargo, la carencia de justicia en aspectos criminales puede ocasionar la pérdida de las oportunidades para una vida digna, larga o saludable, al igual que puede representar un bloqueo a necesidades tan básicas como el acceso al conocimiento, al empleo o a los ingresos.

Todo crimen o agresión, lleva implícito un coste para aquel que lo sufre, en muchas ocasiones cuantificable en dinero, aunque en otras ocasiones con pérdidas de otra índole. El coste no es solo para quien sufre la agresión, pues generalmente se ven afectados los miembros de su familia, como víctimas indirectas y posteriores. Además de los familiares, la agresión tiene repercusiones económicas inclusive en entidades jurídicas como las empresas y las organizaciones, al igual que los costes para la sociedad en su conjunto. No todos los costes que le ocasiona el crimen a la sociedad son de carácter económico, existen otras grandes pérdidas para la comunidad: pérdidas en la calidad de la democracia, en la confianza y los vínculos sociales, en los espacios de cooperación; aumenta la vulnerabilidad de grupos como mujeres y jóvenes; la inseguridad genera un temor y preocupación notorios en la población, que afecta su desarrollo social y laboral; el comercio se ve afectado por las restricciones; aumenta el número de pobladores en niveles de pobreza, un hogar de ingreso medio al ser afectado por un delito podría ingresar rápidamente en las filas de la pobreza.

Uno de los costes indirectos del delito que se deben considerar de manera importante, y no por el monto que representa, sino por sus repercusiones sociales, es el rubro penitenciario. Según el reporte de México Evalúa (2013) lo que se invierte de los impuestos en mantener a un recluso equivale a \$4.200 MXN mensuales, un monto muy superior a lo que reciben los beneficiarios de ciertos programas de gobierno mediante becas educativas, o transferencias por su edad avanzada o grado de marginación, o lo que gana un obrero con un salario mínimo. Si la pena sobrepasa un año, este costo implica \$50.400 MXN anuales, algo que nos pone a pensar si en realidad es conveniente o costeable mantener a alguien interno por un crimen cometido por cuantías equivalentes o menores a \$5.000 MXN, como ocurre con más de la mitad de los casos de los internos entrevistados (CIDE, 2012: 98).

La impartición de Justicia es, según la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17, un bien gratuito al que todos tenemos el mismo derecho. Sin embargo, la realidad ha dejado ver que el acceso a la justicia, a pesar

de ser universal y de que los servicios de las instituciones judiciales sean gratuitos, tiene distinta calidad partiendo del punto de que la mayoría de los ciudadanos necesitan alguien que los represente ante las Cortes, pues este representante puede ser gratuito si lo otorga el Estado y oneroso si se trata de un servicio privado. La Justicia es un bien que debe ser garantizado por el Estado, pero el gasto que debe solventarse no es solo el que destina el Estado al mantener al Poder Judicial con sus autoridades y sus procesos, un juicio conlleva otro tipo de gastos que serán hechos en otros rubros propios de la defensa.

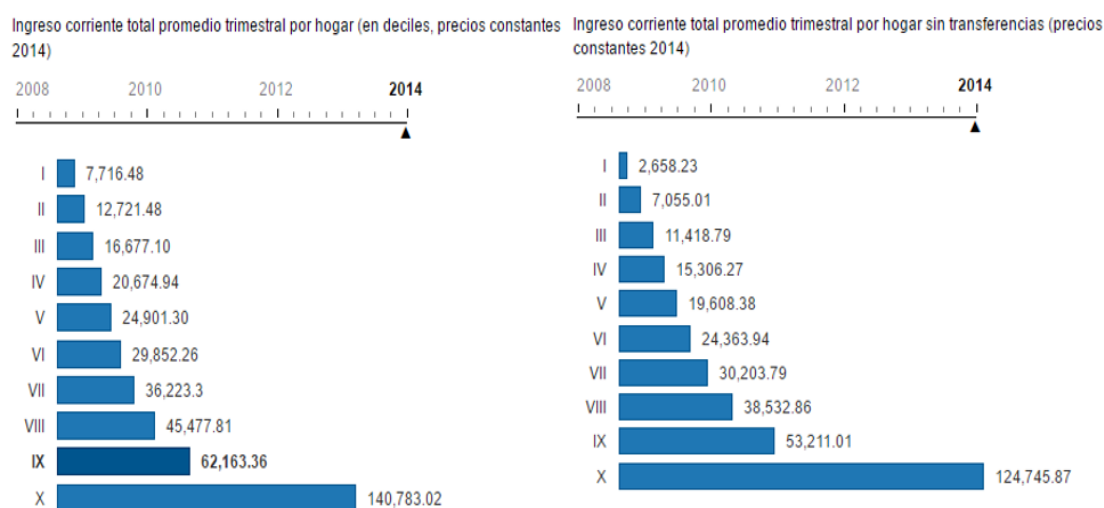
Los abogados gratuitos o defensores de oficio que provee el Estado no tienen las condiciones laborales más competitivas, la sobrecarga de trabajo es una cuestión a considerar, pues los defensores de oficio llevan un promedio de 167 casos por año (Meza, 2015) mientras que un abogado penalista privado puede llevar un estimado de 40 a 90 casos por año, posiblemente con asistentes o un despacho jurídico. Mientras un abogado particular y su equipo se encargan de 3 a 8 casos por mes, un defensor de oficio debe repartir casi 14 casos en el mismo periodo de tiempo, lo equivalente a un caso cada dos días, eso si la distribución fuera uniforme y constante. Es difícil exigir a alguien en esta situación darles un seguimiento de la misma calidad a sus defendidos.

La actuación de los defensores de oficio, en contraste con la de los defensores privados, se muestra en la percepción de las encuestas a la población en reclusión (CIDE, 2009:42-46; y 2012: 84-145): En el caso del fuero común, para 2009 se registró que tres de cada cuatro internos habían contado con el defensor de oficio otorgado por el Estado, y solo uno de cada cuatro que están en prisión tuvo abogado privado. En estas mismas encuestas se respondió que únicamente el 27% de los defensores de oficio ofrecieron pruebas, en contraste al 67% de los defensores privados, no ofrecer pruebas para la defensa de un acusado, es equivalente a aceptar lo alegado en su contra; esto aunado al entorno de incertidumbre provocado por no entender el lenguaje jurídico, puede dejar sin esperanzas a cualquier acusado; de los defensores de oficio solamente 41% explicó a sus representados, contra 77% de los defensores privados; todo esto repercute en la sensación de ser defendido, relacionada con la satisfacción del derecho a un juicio justo y una defensa adecuada, uno de los derechos más vulnerados en el proceso judicial, pues la defensa de oficio brindada por el Estado solo fue capaz de hacer sentir protegido al acusado en 7% de las ocasiones.

Esos resultados permiten interpretar otro hallazgo: lo ideal para un ciudadano común es estar preparado económicamente para hacer frente al proceso judicial, a pesar de ser inocente, pues existe la posibilidad de que alguien le acuse injustamente, o que se le retenga en prisión preventiva mientras se demuestra su inocencia. De otro modo, si se deja guiar por el principio de gratuidad, y no invierte recursos propios en una apropiada defensa privada, debe estar consciente de que se trata de una defensa que probablemente sea de menor calidad con los defensores de oficio.

El pago por los servicios no es igual de competitivo al que puede llegar a recibir un defensor privado, esto no contribuye al prestigio y el estatus del defensor de oficio. Los salarios percibidos por los abogados particulares son más variados, en razón al número de asuntos postulados, y a la tarifa que ellos mismos estipulan con el cliente. El valor de la defensa suele ir en relación al monto de lo acusado, un porcentaje que no es forzoso y que puede establecer el abogado en el contrato de servicios; si pensamos en un promedio de precios entre \$20 y \$25 mil MXN para defender una acusación de robo de mediana cuantía, no todos los sectores de la población serían capaces de pagar por esta defensa privada.

¿Quiénes tienen las posibilidades para pagar por una adecuada defensa privada? Para ello es necesario tener una parte del ingreso ahorrado o disponible específicamente para el momento en que haya que acudir ante la justicia, pero la distribución de ingresos no les permite a todos los ciudadanos la misma capacidad ahorrativa. En México cerca de la mitad de la población puede ser considerada pobre o vulnerable en algún sentido. De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (INEGI) en 2014, en México 11,4 millones de personas tenían un ingreso inferior a la línea de bienestar mínimo, lo cual significa que el 9,5% de los mexicanos se consideran en pobreza extrema, obteniendo en promedio un ingreso de \$1.242 MXN en un contexto urbano y de \$868 MXN en uno rural, lo cual no es suficiente ni para cubrir la necesidad alimentaria más fundamental. Además, 63,8 millones obtienen un ingreso que no permite la vida digna, que no pasa de \$2.542 MXN en la zona urbana y de \$1.614 MXN en una zona rural. Eso significa que, en total, el 46,2% de la población es pobre, moderadamente o en extremo, con alguna carencia o más, por debajo de la línea de bienestar mínimo.



Gráfica 5 – Deciles de población por Ingreso con/sin transferencias.
 Fuente: Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares -ENIGH, INEGI, 2015

Suponiendo que es el mismo asunto del que son acusados el ciudadano promedio del primer y último decil de ingresos, y que el abogado, aún sin conocerlos, ha fijado la tarifa en \$25.000 MXN por llevar el mismo tipo de asunto, ¿Qué implicaría ese mismo gasto para una familia de 4 integrantes en cada decil económico? Tomando el salario integrado con las transferencias estatales (los apoyos gubernamentales de distinta índole), alguien en el decil inferior (Hogar A) obtiene en promedio \$7.716 MXN al mes (\$15.432 MXN si los dos padres trabajan con el mismo ingreso), y en el decil superior (Hogar B) obtienen \$140.783 MXN al mes (\$281.566 MXN si fueran dos ingresos equivalentes del mismo decil). Usemos el caso más probable, en el que solo una persona en la casa sea quien recibe el ingreso. Lo necesario para una vida digna en el contexto urbano, para una vivienda de 4 personas es equivalente a \$10.161 MXN, y solamente para comer se necesitan \$4.968 MXN por vivienda de 4 personas. El Hogar A no tiene un ingreso suficiente para satisfacer los elementos de una vida digna, aunque si gastase solamente lo necesario para comer, tendría disponibles \$2.748 MXN al mes, aunque ello implica una serie de carencias en otros muchos aspectos, este Hogar A tendría que ahorrar

sin cumplir ninguna otra necesidad básica excepto comer durante 10 meses para poder pagar un defensor privado en este supuesto, o endeudarse por un monto que si agregamos intereses terminaría de pagar por lo menos en un año, eso si no gasta en algo más que la comida durante ese año. El Hogar B puede solventar todas las necesidades para una vida digna, y aun así los ingresos restantes serían de \$130.622 MXN con lo que puede pagar fácilmente el abogado privado, incluso al dividir el salario en 30 días, resulta que podría pagar este tipo de abogado con el ahorro correspondiente a 5 días de salario. Un hallazgo relativo a la desigualdad en el acceso a una defensa adecuada revela que, a pesar de que el ingreso sea entre 20 y 30 veces más alto, la diferencia entre los recursos disponibles luego de satisfacer las necesidades más básicas produce una desigualdad mayor, a fin de cuentas.

Además de la diferencia económica derivada del ingreso, hay otros beneficios que tiene la élite político-económica en cuanto a los vínculos con las instituciones estatales que aumentan sus atribuciones por medios informales, obteniendo facilidades mediante sobornos, compadrazgos, influencias o hasta inmunidad en ciertas posiciones.

La corrupción favorece a ciertas partes de la sociedad en perjuicio del resto, implica que las funciones institucionales sufren un desgaste, que el presupuesto asignado no sea suficiente, deteniendo el avance en cuestiones como la justicia, y toda una serie de necesidades básicas que se cubren con el mismo presupuesto desviado. La corrupción provoca un desgaste de las instituciones, promoviendo la separación social, es un mecanismo de refuerzo de la desigualdad, al igual que la impunidad.

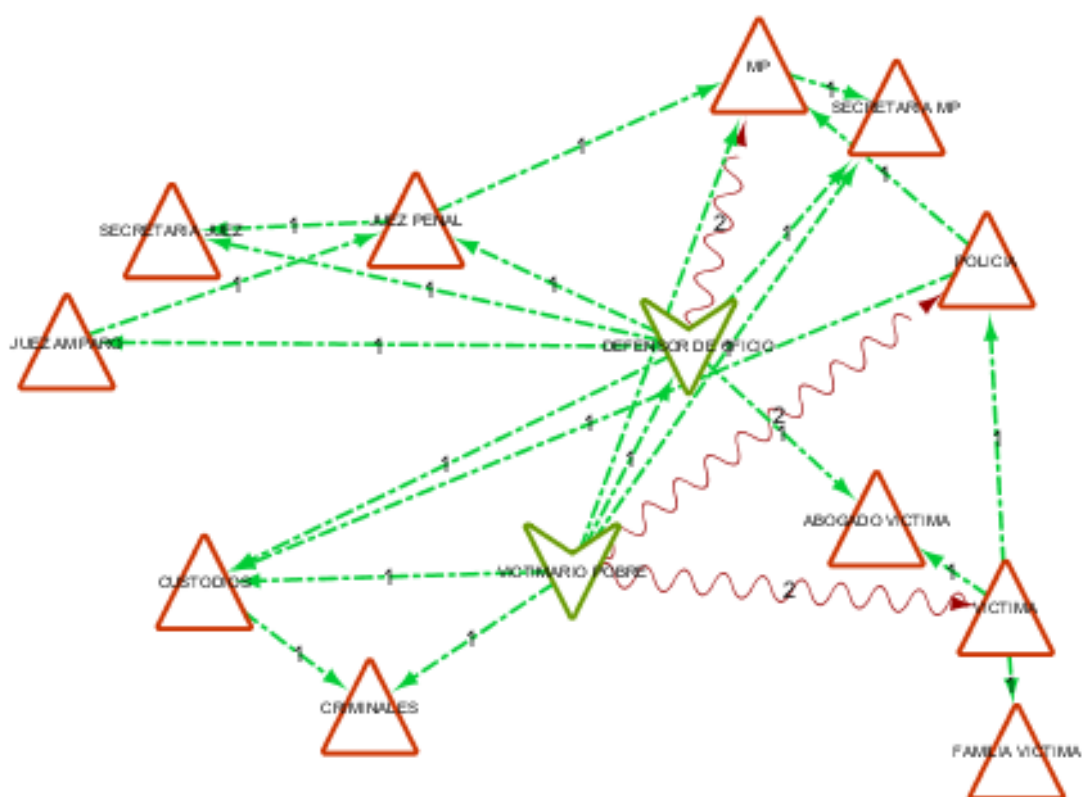
Si todavía sigue existiendo corrupción, es porque ha dado resultado a quienes la llevan a cabo, ha sido mayor el beneficio obtenido en comparación al riesgo que corren. Así, la corrupción se convierte en una influencia socioeconómica sobre el actuar de la autoridad, inclusive en distintas partes del proceso de justicia. En las mismas Encuestas a la Población en Reclusión (CIDE, 2012: 84-145), los internos respondieron preguntas como: “de los abogados que tuvo ¿alguno le pidió dinero para dárselo a alguna autoridad?, ¿alguna de las autoridades le pidió dinero?, ¿cree usted que algún interno ha pagado para obtener beneficios pre-liberación?, ¿en algún momento creyó que podía evitar la cárcel si hubiera tenido influencias o dinero para pagar algún soborno? o, ¿si hubiera dado dinero a los policías que lo detuvieron, lo hubieran dejado ir?”

Cruzando la información de la media de dichas respuestas, y ponderando las posibilidades reales que tiene un delincuente en los deciles extremos de ingreso económico para sobornar, el de ingreso más alto contrastado con el de ingreso más bajo, se realizó una estimación en la gráfica de red entre los actores que interactúan en el proceso judicial, es por ello que se habían colocado previamente al victimario y su defensor en una posición central, pues en este caso, son ellos quienes pueden interesarse en sobornar a la autoridad para salirse con la suya. Cabe mencionar que en el actual proceso judicial acusatorio el rol de la víctima ha adquirido mayor protagonismo, pero no era así en el sistema que se analiza en este estudio.

La red se elaboró igualmente en *Cytoscape*, partiendo desde la Gráfica 2, pero quitando de ella los nodos de la cadena de justicia, dejando presentes solo a las autoridades, pues son las que son susceptibles de ser influenciadas. Para poder encontrar el siguiente hallazgo, en ella se expresan con una línea verde punteada las posibles interacciones entre los actores del proceso (cuyo valor fue de 1), y en

una línea roja ondulada (con valor 2) se expresa una interacción en la que se puede dar la corrupción.

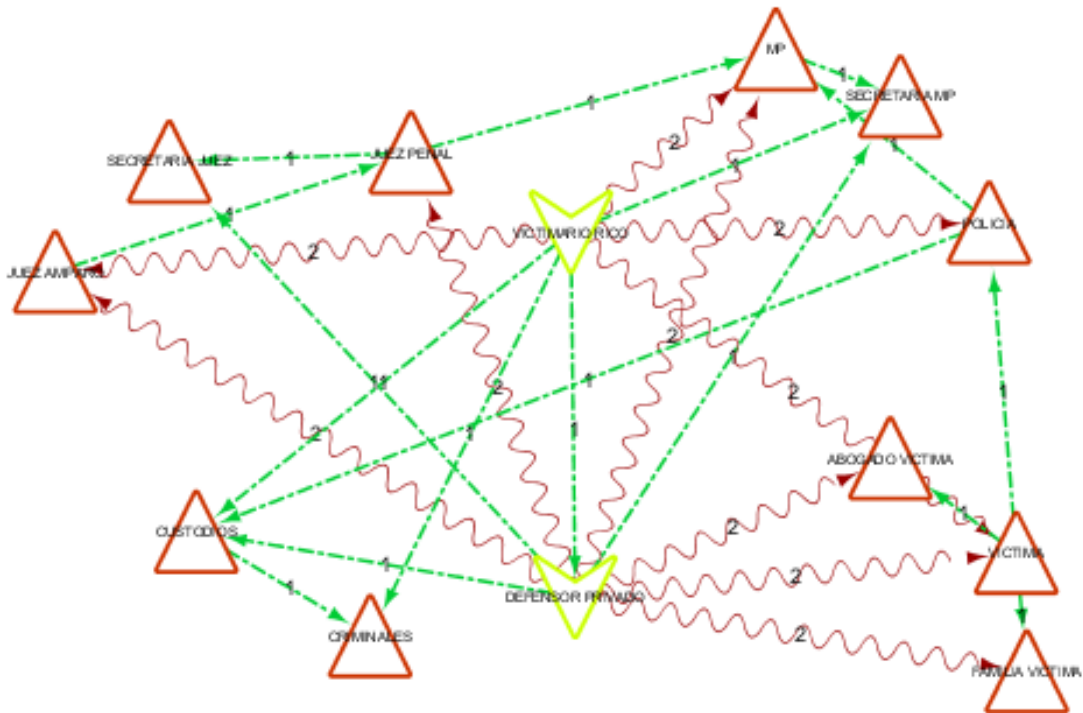
Comenzando por alguien del decil económico con menos ingresos, las posibilidades que tiene para sobornar se ven limitadas a pagar la defensa o el soborno, pues no cuenta con los ingresos suficientes ni para completar el pago completo de uno de ellos de manera inmediata. Probablemente el presunto agresor opte por pagar un soborno e intentar la salida fácil, ya sea a la víctima llegando a un arreglo antes de la detención, o bien al policía que lo detiene para obtener la libertad si es que se tiene el dinero necesario para sobornarles. Finalmente, otra opción es que se le asigne un defensor de oficio, y posteriormente sea este quien le solicite dinero para sobornar al Ministerio Público o al juez (no a los dos, pues los recursos son insuficientes). Son en total, tres oportunidades para obtener la libertad mediante la corrupción para alguien en el decil inferior de ingresos.



Gráfica 6 – Posibilidades de corrupción de un victimario con bajos ingresos y su defensor.
Fuente: elaboración propia en Cytoscape

En contraste, alguien que pertenezca al decil con mayores ingresos, como es el caso de los miembros de la elite político-económica, tiene un panorama más holgado a su favor, con más del triple de oportunidades de sobornar a la autoridad por cuenta propia o mediante su defensor, esto aun sin incluir los vínculos políticos y los montos más elevados que puede ofrecer, siendo sobornos más atractivos y con mayores probabilidades de tener éxito en su objetivo. Por cuenta propia, el

victimario con altos ingresos puede intentar sobornar a la víctima en el momento del crimen, al policía para evitar la detención, al Ministerio Público al momento de su presentación o incluso al Juez de Amparo para conseguir la suspensión de su proceso penal, dependiendo del tipo de agresión. Y mediante su defensor privado, el agresor podría sobornar a la víctima, al igual que a su familia y a su abogado, si es que los tiene, lo mismo con autoridades como el Juez penal, el Juez de segunda instancia y el agente del Ministerio Público. A pesar de que podría sobornar a otras autoridades como los custodios o los secretarios para obtener ciertos beneficios, esto no le otorgaría la libertad, por lo que no se les incluye en la Gráfica 7.



Gráfica 7 – Posibilidades de corrupción para un victimario de altos ingresos y su defensor.
 Fuente: elaboración propia en Cytoscape

Hay que recordar que el escenario descrito en las gráficas de red antes presentadas es simplemente un supuesto porque, de conseguir la libertad, el proceso ni siquiera se completaría y el resto de actores no aparecerían. La finalidad es mostrar el conjunto de probabilidades que podría tener un presunto criminal en distintos estratos económicos para sobornar e influenciar a la autoridad judicial.

4. Conclusiones

La interacción de la impunidad y la desigualdad socioeconómica de manera dinámica en una sociedad puede tener efectos indeseables que terminan por reforzar dichos problemas entre sí. La posición socioeconómica de los agresores tiene cierta injerencia en la impartición de Justicia, aunque no hay que dejar de lado otros factores importantes como la corrupción o las deficiencias del propio proceso judicial. Un aparato de Justicia disfuncional implica ciudadanos desprotegidos contra

el crimen, y agresores que se pueden colocar por encima de la ley en repetidas ocasiones con la ayuda de recursos económicos o políticos.

Los principales hallazgos se han encontrado en las deficiencias de la administración de Justicia y en la posible corrupción que se da a lo largo de la cadena de justicia. Todo ello se ha observado a través de datos obtenidos en el sistema de Justicia penal mexicano inquisitivo, previo a la entrada en vigor del nuevo sistema acusatorio. La Justicia funciona de manera desigual a pesar de ir en contra de los presupuestos que le dan origen, las instituciones judiciales son sometidas a presiones, amenazas o sobornos que pueden mermar en su desempeño y aquellos que tienen más recursos también tienen mayores posibilidades de incidir en el funcionamiento de las instituciones o llegar a manipularlas a su favor.

La cadena de justicia en el sistema penal mexicano se ha identificado como débil en general, pero particularmente la policía como primer eslabón deja un gran vacío en las expectativas ciudadanas. Ha sido útil reflejar la cadena de justicia mediante gráficas de redes, destacando la importancia de los roles y las autoridades, pues con ello se han podido observar las partes más influenciadas y los actores con mayor poder para esquivar la acción de la Justicia. El pobre desempeño de las autoridades de Justicia ha generado una falta de confianza en todas las instituciones de la cadena, lo que ocasiona posteriormente una renuencia general a denunciar los delitos y a tener una elevada cifra negra. Esto contribuye en gran medida a la impunidad general; aunque no hay que quitarle mérito a las deficientes actuaciones judiciales que también contribuyen a que la impunidad judicial vaya en aumento en cada etapa a lo largo del proceso de justicia penal.

Ha sido importante para los cálculos y datos obtenidos, la desigualdad en cuanto al ingreso, dado el carácter del pago de servicios de defensa que complementan el acceso a la justicia. Al final del proceso judicial, la desigualdad en el ingreso termina reflejándose como una desigualdad en el acceso a la justicia y en el derecho a una adecuada defensa. La desigualdad entre deciles de extremos opuestos para poder pagar una defensa privada, se determina mucho mayor a la desigualdad de ingreso original, afecta indirectamente en el resto de las capacidades y le da menor garantía a sus derechos de adecuada defensa al extremo con menores recursos, lo que para un extremo económico se puede pagar con unos cuantos días de salario, para otro extremo puede significar años de ingreso o de necesidades básicas sacrificadas, o incluso perderlo todo si no se está preparado para esas situaciones. Un rubro ilegal en donde también las oportunidades son desiguales, es la corrupción; de tal manera que son entonces comprensibles, más no justificables, los intentos por sobornar a las autoridades para seguir en libertad, en el entendido que para quien lo hace puede llegar a ser un gasto menor al pago de una adecuada defensa, o puede significar quedar libre de un tedioso proceso.

Los costes que van aparejados a la impartición de justicia dejan en posiciones favorables a quienes pueden defenderse con sus propios medios y en desventaja a quienes se atienen a la protección brindada por el Estado. Cuando la defensa que brinda el Estado no funciona como debería y la Justicia se administra parcialmente, dejando en la impunidad a más de 9 delitos de cada 10 que se cometen, es momento de cuestionar si las labores de protección que brinda el Gobierno son realmente en favor de la sociedad o solo de unos cuantos. Esto sin tomar en cuenta las agresiones impunes *de iure* que escapan a consideraciones legales que les harían merecedoras de castigo, dejando a ciertos actores blindados contra la justicia.

Bibliografía

- BAUMAN, Z. (2014), *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?*, Paidós, España
- CIDE (2009), *Resultados de la tercera encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y Estado de México*. División de Estudios Jurídicos, CIDE, México, DF.
- CIDE (2012), "Encuestas a la Población en Reclusión, Centro de Investigación y Docencia Económica A.C.", *Red de Especialistas en seguridad Pública*. Disponible en: http://seguridadpublica.cide.edu/bases-de-datos?p_p_id=148_INSTANCE_qv1lcY6UcE3D&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&p_r_p_564233524_resetCur=true&p_r_p_564233524_tag=encuestas+a+la+poblaci%C3%B3n+en+reclusi%C3%B3n (Fecha de consulta: 9 de mayo de 2017)
- CONSULTA MITOFSKY (2012), *México: Confianza en Instituciones*; Tracking Poll Roy Campos, México D.F.
- FOUCAULT, M. (1975), *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI, México.
- GELLNER, E. (1991), *Naciones y Nacionalismo*, Alianza Editorial, México.
- GOFFMAN, E. (2012), *Estigma: La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires.
- ILLICH, I. (2011), *Obras Reunidas, Volumen 1*, Fondo de Cultura Económica, México.
- INEGI, (2013a), "Censo Nacional de Procuración de Justicia, Instituto Nacional de Estadística y Geografía". Disponible en: <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/censosgobierno/cnpje2014/default.aspx> (Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017).
- INEGI (2013b), "Encuesta Nacional de Victimización y Percepción Sobre Seguridad Pública", Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/envipe/2013/> (Fecha de consulta: 4 de abril de 2017).
- INEGI, (2014), "Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares – ENIGH". Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/enigh/tradicional/2014/> (Fecha de consulta: 2 de abril de 2017)
- MARX, K. (1867), *El Capital. Crítica de la Economía Política: Libro Primero – El Proceso de Producción del Capital*, Siglo XXI, México.
- MÉXICO EVALÚA, (2013), "La cárcel en México ¿Para qué?", *México Evalúa*, México D.F.
- MEZA, S. (2015), "Defensores públicos. Jugando en desventaja", *CIDAC*, México. Disponible en: <http://proyectojusticia.org/odisea2016/defensores-publicos/> (Fecha de consulta: 1 de abril de 2017)
- MUMFORD, L. (1997), *Técnica y Civilización*, Alianza, España
- PIKETTY, T. (2014), *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard Press, Estados Unidos.
- POLANYI, K. (1944), *La Gran Transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México.
- RAPHAEL, R. (2014), *Mirreynato: La Otra Desigualdad*, Temas de Hoy, México.
- SEN, A. (1992), *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, Massachusetts.
- SOUSA SANTOS, B. (2009) *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, ILSA, Bogotá.
- UDLAP (2015), "Índice Global de Impunidad, Centro de Estudios Sobre Impunidad y Justicia", *Universidad de Las Américas*, Puebla. Disponible en: http://udlap.mx/cesij/files/IGI_2015_digital.pdf (Fecha de consulta: 8 de mayo de 2017).

La impunidad en el contexto de la desaparición forzada en México

Impunity in the context of enforced disappearance in Mexico

José Antonio Guevara Bermúdez

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos
ja_guevara1@me.com

Lucía Guadalupe Chávez Vargas

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos
lucygzchavezv@gmail.com

Recibido / received: 14/01/2018
Aceptado / accepted: 10/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4161>

Resumen

La impunidad se define como la ausencia de castigo a los responsables de cometer delitos. En el caso de México, destaca la impunidad por el crimen de desaparición forzada de personas. La desaparición forzada se ha manifestado en México al menos en tres periodos: la Guerra Sucia, el conflicto Zapatista y la guerra contra las drogas. Los crímenes que se han cometido en esos contextos permanecen sin castigo, por lo que las víctimas permanecen sin ser reparadas de manera integral.

El artículo busca dimensionar el caso mexicano sobre el crimen de la desaparición forzada a la luz de los elementos que componen el concepto de impunidad. Además, plantea una serie de propuestas tendientes a contribuir a la erradicación de la impunidad por graves violaciones a derechos humanos.

Palabras clave

Derechos Humanos, impunidad, desaparición forzada, crimen, violencia.

Abstract

Impunity is defined as the absence of punishment for those responsible for committing crimes. In the case of Mexico, impunity stands out for the crime of enforced disappearance of persons. The enforced disappearance has manifested in Mexico in at least three periods: the Dirty War, the Zapatista conflict and the war on drugs. The crimes that have been committed in those contexts remain unpunished, so that the victims remain without an integral reparation.

The article seeks to analyze the Mexican case on the crime of forced disappearance considering the elements that make up the concept of impunity. In addition, it explores a series of proposals tending to contribute to the eradication of impunity for serious human rights violations.

Keywords

Human Rights, impunity, forced disappearance, crime, violence.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto y cifras sobre la impunidad en las desapariciones de ayer y hoy. 3. La manifestación de la impunidad en el caso mexicano. 3.1 Propuestas para erradicar la impunidad en casos de desaparición. 4. Conclusiones.

1. Introducción

La desaparición forzada de personas es considerada una de las más graves violaciones a los Derechos Humanos. Vulnera, de formas inexplicables, no sólo a las víctimas y su entorno familiar y social inmediato, sino a toda la humanidad en su conjunto, ya que la desaparición crea una incertidumbre aterradoramente y casi permanente sobre el paradero o suerte de las víctimas.

Este crimen ha sido definido por la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas como:

[E]l arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa de reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley (ONU, 2006).

La desaparición forzada no es un fenómeno nuevo en México, se practicó con gran intensidad por autoridades estatales en el periodo conocido como “Guerra Sucia” durante los años sesenta, setenta y ochenta; seguido del conflicto Zapatista en los noventa y, más recientemente, desde que inició la guerra contra las drogas en diciembre de 2006.

Más allá de vivir con la incertidumbre de no saber el paradero de la persona desaparecida, los familiares de las víctimas tienen que enfrentarse a una total impunidad e inacción de las autoridades y aparatos de justicia, ya que el gobierno de México ha sido renuente a aceptar la existencia de esta crisis humanitaria, la cual claramente tiene un carácter sistemático y generalizado.

Derivado del contexto de desaparición forzada en México, se publicó la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017). Esta Ley obedece a las exigencias de víctimas, organizaciones y colectivos de la sociedad civil, así como a recomendaciones de mecanismos internacionales de supervisión de los Derechos Humanos y a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso Radilla Pacheco contra México (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

No obstante, en la Ley no se contempló una adecuada clasificación de la desaparición forzada, confundiendo una persona desaparecida con una extraviada. Igualmente, ya en la práctica, las autoridades equiparan la desaparición a un “secuestro”. Asimismo, nos encontramos con la falta de voluntad y capacidad del Gobierno mexicano, particularmente de aquellas autoridades encargadas de impartir justicia para investigar, procesar y sancionar delitos comunes y particularmente crímenes graves como la desaparición forzada de personas. Por todo ello, hablamos de una grave crisis de impunidad en el país.

2. Contexto y cifras sobre la impunidad en las desapariciones de ayer y hoy

Como ya se ha mencionado, en México hemos vivido al menos tres periodos de violencia en donde el Estado ha recurrido a la desaparición forzada de personas. Al primero, se le conoce como “Guerra Sucia” y fue un periodo de conflicto armado comprendido entre los años sesenta y principios de los ochenta. Lo que generó ese conflicto, cuyo punto más álgido se encontró en el Estado de Guerrero y, en particular, en el municipio de Atoyac, fue la contradicción entre la posesión de la tierra, el control sobre los productos de la tierra y los mecanismos para quedarse con los beneficios de la producción, posteriores al reparto agrario y las esperanzas que ello generó en la fuerza trabajadora campesina posterior a la Revolución Mexicana. Cuando las organizaciones sociales optaron por el empoderamiento político para la exigencia y consecución de sus derechos, los gobernantes descalificaron toda propuesta de cambio social (FEMOSPP, 2006: 5).

En el informe de la FEMOSPP (2006), Fiscalía creada con el propósito de investigar penalmente estos hechos, se concluyó que el Estado mexicano cometió crímenes graves en contra de la población civil, por lo que a los movimientos sociales sólo les quedó la vía de la rebelión.

“[El Estado] calificó y persiguió la lucha democrática como acto subversivo. Quienes buscaban un cambio por vías legales –de la gestión, de la participación democrática y del liderazgo social- fueron señalados como subversivos y agitadores, como guerrilleros, fueron perseguidos, muertos, desaparecidos o encarcelados, particularmente por cuerpos de seguridad pública, en especial por el Ejército mexicano” (FEMOSPP, 2006: 7).

Se ha documentado que el Ejecutivo Federal solicitó el apoyo del Ejército de manera oficial, motivando la solicitud en la subversión y la supuesta comisión de actos delictivos del Partido de los Pobres, que según las autoridades estaba ideológica, política y militarmente preparado. Así, se dijo que era necesario utilizar “fuerzas de golpeo que en forma clandestina actúan directamente en contra de los miembros ya identificados y ubicados, para quebrantarlos moral y materialmente, hasta lograr su total destrucción. Se requiere, para lograr lo anterior, el apoyo material y moral, por parte de las autoridades en todos los niveles.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009: 151 y ss.). Lo anterior, no contaba con ningún sustento jurídico y no se acreditaba tampoco una situación de urgencia y gravedad que amenazara la seguridad del Estado.

En total, la FEMOSPP (2006) logró documentar en su informe los casos de 788 personas detenidas desaparecidas en ese periodo. Hasta el momento, solo tenemos noticia de una sentencia por hechos de desaparición forzada ocurridos en el estado de Sinaloa en contra de una sola persona (Causa Penal 179/2006, 2009).

El segundo periodo al que nos referimos es el año de 1994, cuando estalló una lucha armada entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Ejército mexicano, marco en el cual se cometieron graves violaciones a los Derechos Humanos por ese último. El caso Ejido Morelia, documentado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH)¹, ejemplifica la práctica de abusos militares en el periodo de la lucha de

¹ La Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos es una organización de la sociedad civil que acompaña de manera integral a víctimas de violaciones graves a derechos humanos y contribuye a la erradicación de las causas que las producen, por medio del diseño y ejecución de

las Fuerzas Armadas Mexicanas contra el EZLN y muestra la práctica de la tortura, seguida de la ejecución arbitraria y la desaparición forzada a manos de militares, en contra de simpatizantes del movimiento Zapatista (CIDH, 1998)².

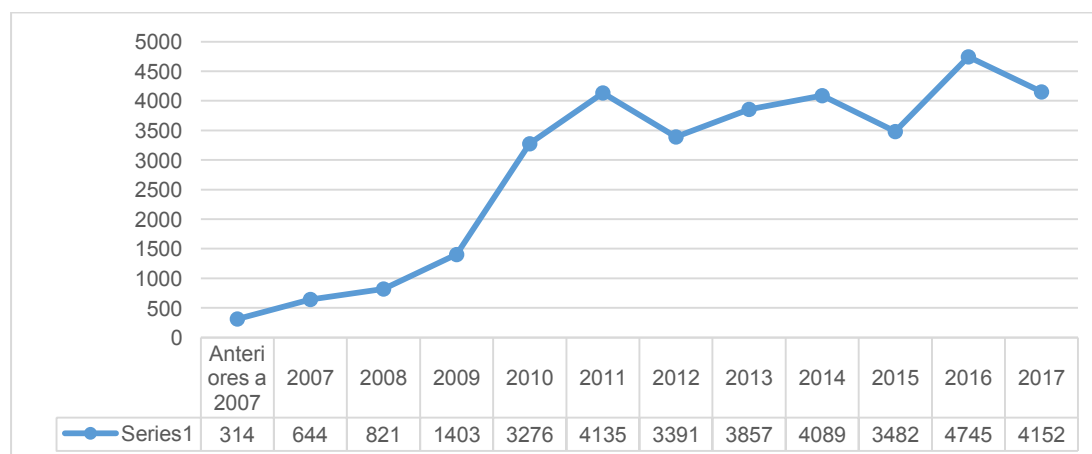
Los hechos del caso “Ejido Morelia” no han sido sancionados, a 22 años de ocurridos permanecen en la impunidad. A la par, permanecen sin sanción decenas de casos de violaciones de los Derechos Humanos ocurridas en ese contexto.

La falta de sanción de los crímenes graves como la desaparición forzada ha tenido como consecuencia su repetición; por ejemplo, en el contexto actual en México. El 10 de diciembre de 2006, apenas unos días después de que llegara a la presidencia, Felipe Calderón Hinojosa hizo una declaración pública de guerra contra las drogas³. La estrategia de esa guerra implicó una estrategia de seguridad pública consistente en la confrontación violenta en contra de los cárteles del narcotráfico a través de operativos conjuntos en donde participaban activamente las Fuerzas Armadas Mexicanas.

A once años de la estrategia de seguridad, los datos que documentan crímenes graves, entre ellas la desaparición forzada de personas, son simplemente aterradores.

El Registro Nacional de Personas Extraviadas o Desaparecidas, registro oficial de las autoridades mexicanas, hasta el 1 de enero de 2018 reporta 34.656 personas desaparecidas, cifra que desde 2011 ha ido en aumento tal y como se muestra en la Figura 1 (Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2018).

Figura 1
Personas extraviadas y desaparecidas en México



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

estrategias legales, psicosociales, de investigación, incidencia y difusión, para construir una sociedad justa e igualitaria. El autor y la autora de este artículo forman parte de la organización.

² Los hechos del caso Ejido Morelia se refieren a la detención, tortura, desaparición y posterior ejecución arbitraria de los señores Severiano Santiz Gómez, Hermelindo Santiz Gómez, y Sebastián Santiz López el día 7 de enero de 1994 por agentes del ejército mexicano (CIDH, 1998).

³ Los términos “guerra” y “batalla frontal” fueron empleados por el entonces presidente Felipe Calderón para referirse a acciones de “ofensiva” de combate a la delincuencia, el crimen organizado y el narcotráfico, que requerían un despliegue numeroso de elementos militares. (Astorga, 2015).

De acuerdo con la Procuraduría General de la República (PGR)⁴ que es el órgano encargado de la persecución de los delitos en México, se reportaron un total de 732 averiguaciones previas (investigaciones) iniciadas en el fuero federal por el delito de desaparición forzada de 2006 a marzo de 2017, de las cuales la PGR solamente judicializó 19. En total, el Poder Judicial emitió, en ese mismo periodo, 9 sentencias condenatorias sobre desaparición forzada, solo 7 de ellas por expedientes iniciados después del 2006 (CJF, 2017), cifra que evidentemente no corresponde con la magnitud del fenómeno de la desaparición.

A este dato se le debe sumar que las Fiscalías Estatales informaron sobre un total de 1.197 denuncias por el crimen de desaparición forzada en el periodo mencionado.

En el ámbito de los mecanismos cuasi jurisdiccionales, la Oficina del Ombudsman Nacional, reportó 333 quejas interpuestas en este organismo por desaparición forzada de 2007 a octubre de 2017 (CNDH, 2017) y se reportaron 1.050 quejas interpuestas en las Oficinas Estatales del Ombudsman por esa violación a los Derechos Humanos⁵.

De acuerdo con un análisis de la CMDPDH de 204 documentos emitidos por la CNDH⁶, en los que comprueba que se cometieron graves violaciones de los Derechos Humanos, tenemos como resultado que en 60 se hace referencia a desapariciones forzadas cometidas en el contexto de la estrategia de seguridad denominada “guerra contra las drogas”. En esas recomendaciones se reconocen a 239 víctimas de desaparición forzada.

Como responsables de ese crimen se identificaron a las Fuerzas Armadas Mexicanas y a las Policías Federal, Estatal y Municipal, pero también al crimen organizado⁷.

La sistematización que realizamos en nuestra base de datos nos deja ver la última ubicación de las víctimas en los episodios de desaparición, que se desagregan de la siguiente manera:

Tabla 1
Tipos de ubicaciones en casos de desaparición forzada

Tipo de ubicación	Suma
Cuarteles militares	13
Bases o campamentos militares	5
Hogar de la víctima	8
Calle o carretera	12
Hoteles, restaurantes o establecimientos similares	2
Parque, parque infantil, campo de juego	2

Elaboración propia. Fuente: Base de datos sobre recomendaciones de la CMDPDH

⁴ La PGR en México es institución encargada de conducir las investigaciones penales.

⁵ Datos obtenidos a partir de solicitudes de información pública realizadas a los Estados de la República.

⁶ Los documentos emitidos por la CNDH son conocidos como recomendaciones. El análisis que se realizó abarca desde diciembre de 2006 a junio de 2017. Se analizaron 204 recomendaciones emitidas por la CNDH que tienen que ver con violaciones graves a los Derechos Humanos: tortura, desaparición, ejecución y detención arbitraria.

⁷ En un episodio de desaparición pueden estar involucradas autoridades de distintas unidades de la Administración Pública.

La autoridad con mayor número de quejas y recomendaciones, así como de víctimas acumuladas por desaparición forzada son las Fuerzas Armadas, particularmente, la Secretaría de la Defensa Nacional. A pesar de que la participación de militares en desapariciones forzadas ha sido probada, no se ha sancionado a la mayoría de los responsables directos de cometer esas violaciones y tampoco se han investigado siquiera a altos mandos que pudieron estar implicados en la comisión de esos crímenes.

Además de las cifras que hemos podido recolectar a nivel nacional, contamos con datos y declaraciones de mecanismos internacionales que refieren la magnitud de las desapariciones en el país. Verbigracia, en el periodo que trascurre desde 2012 al 26 de octubre de 2017, sumaban 417 las acciones urgentes con relación a las cuales el Comité contra la Desaparición Forzada había requerido a algún Estado para adoptar todas las medidas necesarias, incluidas medidas cautelares, para ubicar personas desaparecidas y protegerlas; 305 de esos casos eran sobre México (Comité contra la Desaparición Forzada, 2017).

El Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein (2015), reconoció que desde 2007 había “al menos 26,000 personas cuyo paradero se desconoce” y cuyas ejecuciones en muchos casos “presuntamente han sido llevadas a cabo por autoridades federales, estatales y municipales, incluyendo la Policía y algunas partes del Ejército, ya sea actuando por sus propios intereses o en colusión con grupos del crimen organizado”. Además, señaló que “para ser un país que no se encuentra en medio de un conflicto, las cifras calculadas son, simplemente, impactantes”.

En el ámbito regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2015) en su informe sobre la situación de los Derechos Humanos, derivado de su visita *in loco* a México, describió un clima de violencia generalizada en el país. Afirmó la generalidad con la que se perpetran la tortura, la desaparición forzada y la impunidad (CIDH, 2016: 13 y ss., 48 y ss. y 67 y ss.). La CIDH “pudo constatar que la desaparición de personas en grandes extensiones del territorio mexicano ha alcanzado niveles críticos” (ibídem: 100). Refirió también que “[l]as cifras oficiales proporcionadas, junto con la información recibida de diversas regiones del país, evidencian que las desapariciones son generalizadas en México” (ibíd: 106 y ss.). Manifestó su preocupación por la falta de disponibilidad de datos a pesar de la magnitud de la problemática ya que “[l]a información disponible no especifica los casos en los que podría haber indicios de desaparición forzada, extravíos u otros tipos de ausencia” (ibíd: 107 y ss.).

Es así, que el contexto de violencia en el país plantea serios retos para la consecución de la justicia, verdad y reparación de las víctimas de la desaparición en el país, tanto por los hechos cometidos en el pasado como por los que ocurren en la actualidad en el contexto de la guerra contra las drogas.

3. La manifestación de la impunidad en el caso mexicano

Si definimos la impunidad y subsumimos sus elementos en un contexto concreto, en este caso el mexicano, podemos ver con claridad su relación con la violencia y con las violaciones graves de los Derechos Humanos, por ejemplo, con la desaparición de personas.

El concepto de impunidad para efectos de este texto lo limitaremos al ámbito jurídico⁸. Desde la disciplina jurídica, tenemos que el concepto de impunidad se ha definido en varios instrumentos normativos de carácter internacional y en sentencias.

Las Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2005), en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, define a ésta como:

[L]a 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 víctimas.

Ese Conjunto de principios, igualmente señala que la impunidad:

[C]onstituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones (ONU, 2005).

También, en el Plan de Acción de las Naciones Unidas sobre la Seguridad de los Periodistas y la Cuestión de la Impunidad (ONU, 2012), se define a la impunidad como “[L]a incapacidad para llevar ante la justicia a los autores de violaciones de derechos humanos”.

La impunidad, puede ocurrir antes, durante o después de un proceso judicial o independientemente de él. Al hablar de los Derechos Humanos, la impunidad surge cuando el autor de una violación a esos derechos, se mantiene ajeno a: i) las investigaciones encaminadas a su inculpación, detención o procesamiento; o, ii) en el caso de ser reconocido como culpable, a una pena apropiada y/o a la indemnización del daño causado (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 4°, 6° y 7° todos parcialmente, de la Ley 1424 de 2010, 2011).

De las definiciones y precisiones anteriores, siguiendo la clasificación de Kai Ambos (1999) respecto de los tipos de impunidad, podemos reconocer una impunidad de hecho y otra de derecho. A esas categorías, el autor las propone como la impunidad jurídica material y la impunidad procesal y agrega además, la idea de una impunidad estructural.

La impunidad jurídica material o de derecho se entiende cuando en el Derecho penal no se prevé la persecución penal de una conducta o bien, en el contexto de las violaciones graves de los Derechos Humanos, cuando por tratados o leyes de amnistía, generalmente en el afán de la reconciliación nacional, se establece que los presuntos responsables no serán enjuiciados y entonces se renuncia a las sanciones penales (Ambos, 1999: 35-36).

En México podemos decir que, si bien se tipifica la desaparición forzada de personas mediante la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de

⁸ Aunque para examinar el fenómeno completo de los efectos y causas de la impunidad se debe explicar desde una dimensión además de jurídica, política, economía y de la antropología social, por mencionar sólo algunas disciplinas.

Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (México, 2017a), como se mencionó, no se deja clara aún la diferencia entre personas desaparecidas y no localizadas. A estas últimas, la Ley las define como “la persona cuya ubicación es desconocida y que de acuerdo con la información que se reporte a la autoridad, su ausencia no se relaciona con la probable comisión de algún delito” (art. 4). Mientras que a una persona desaparecida la concibe como aquella cuya “ausencia se relaciona con la comisión de un delito” (art. 4), lo cual solamente se podría concluir mediante una investigación sobre la forma y causa de la desaparición.

La definición sobre la calidad de víctima de desaparición plantea al menos dos problemas que rompen con el espíritu de protección a las personas desaparecidas que debería tener la Ley. En primer lugar, impone la obligación a los denunciantes de la desaparición de proporcionar información relacionada con las causas que la provocaron, transmitiendo a estos, parcialmente, la carga de la prueba. En segundo lugar, dificulta un diagnóstico serio que permita dimensionar el problema de la desaparición en el país. Esa omisión legislativa puede generar subregistros de casos de personas desaparecidas y por lo tanto generar una equivocada adopción de políticas.

Igualmente, no se percibe completamente clara la disposición que regula la responsabilidad del superior jerárquico, la cual no corresponde con el Derecho penal internacional, ya que no amplía la responsabilidad a casos en donde los altos mandos debían ejercer un control apropiado sobre sus subordinados para prevenir, reprimir o denunciar la desaparición (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998: art. 28). Ello se torna sumamente importante en el contexto nacional, en donde las instituciones encargadas de la seguridad pública de todos los niveles, tienen señalamientos por cometer desaparición forzada.

Ahora bien, en cuanto a la impunidad de hecho, también llamada impunidad procesal o fáctica, se asimila a los mecanismos que impiden la sanción a los responsables, ya sea por: i) falta de denuncia, ii) falta de investigación, iii) por congestión, iv) o bien puede ser legal, esta se refiere a las normas que de alguna manera bloquean la sanción penal y v) la impunidad delictuosa, que se puede definir como medidas ilegales que afectan a las partes procesales (Ambos, 1999: 39).

Como se desprende de las cifras que expusimos, e igualmente de la experiencia en la documentación y litigio de casos⁹, en México, la PGR al igual que las Fiscalías Estatales no han tenido ni la voluntad ni la capacidad de investigar las miles de desapariciones que se han registrado en el país. La manera de investigar en México esos miles de casos de personas desaparecidas, continúa siendo caso por caso y no a través de análisis de contextos, redes y patrones macrocriminales.

Ese tipo de impunidad procesal, en sintonía con la ineficacia de las fiscalías está profundamente relacionado con el subregistro de delitos, es decir, los delitos que no se denuncian. En México, la cifra de delitos no denunciados oscila en el 93%, según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) realizada por el INEGI (2017). La ENVIPE revela que “[l]os principales motivos que llevan a la población víctima de un delito a no denunciar son circunstancias atribuibles a la autoridad, tales como considerar la denuncia como pérdida de tiempo con 33,1% y la desconfianza en la autoridad con 16,5%” (INEGI, 2017).

⁹ La CMDPDH, organización de la que forman parte los autores, tiene bajo sus líneas de acción la defensa de víctimas de casos de violaciones graves a los Derechos Humanos.

Luego, se encuentra la impunidad por congestión, que se explica por la sobrecarga laboral de la justicia penal y tiene su origen no sólo en el órgano jurisdiccional sino en las Fiscalías. Una muestra de este tipo de impunidad se representa también en la mencionada ENVIPE, en donde, del porcentaje mínimo de delitos que se denunciaron (9%), en sólo el 65,2% se abrió una investigación penal. De ese número de investigaciones, el 49% de las personas encuestadas refirieron que “no pasó nada o no se resolvió la denuncia” (INEGI, 2017) y sólo el 3,5% refirió que se reparó el daño por el delito cometido (INEGI, 2017).

Otro concepto que se propone es la impunidad legal, es decir que las normas bloquean de alguna manera la sanción legal. Ahí, tenemos normas por ejemplo en materia de facultades extra constitucionales conferidas al Ejército, como la Ley de Seguridad Interior (México, 2017b), el Código de Justicia Militar (México, 1933) y el Código Militar de Procedimientos Penales (México, 2016), que lo facultan para realizar investigaciones sobre delitos que de ninguna forma corresponden a la disciplina militar y que incluso facultan a los soldados como primer respondiente para preservar la cadena de custodia. Igualmente, les facultan a realizar acciones de seguridad pública, disfrazada de seguridad interior, y que necesariamente y sin ningún tipo de control, tienen un carácter de confidencialidad y discrecionalidad de actuación.

Finalmente, se nos propone como otro concepto la impunidad estructural, que se conceptualiza como el fruto de un contexto de violencia, desigualdad y falta de confianza por parte de los ciudadanos en la justicia como en la ausencia de funcionalidad de las instituciones estatales (Ambos, 1999: 41). En ese sentido, la ENVIPE arrojó que el 74,3% de la población percibe inseguridad en su entidad federativa. Igualmente estima a nivel nacional que “el 61,1% de la población de 18 años y más considera la inseguridad y delincuencia como el problema más importante que aqueja hoy en día en su entidad federativa, seguido del aumento de precios con 36,5% y el desempleo con 36,3%” (INEGI, 2017).

Sobre la violencia, esta se puede autoexplicar con las cifras que se presentaron en el texto relacionadas con la desaparición de personas en el marco de los tres contextos a los que nos referimos, particularmente de la estrategia de seguridad emprendida en el marco de la guerra contra las drogas.

3.1 Propuestas para erradicar la impunidad en casos de desaparición

En México han surgido desde la sociedad civil una serie de propuestas para contribuir a la erradicación de la impunidad por violaciones graves de los Derechos Humanos. Algunas de ellas son: un mecanismo internacional para combatir la impunidad y la corrupción, una Fiscalía autónoma y la desmilitarización de la seguridad pública.

Mecanismo internacional para el combate de la corrupción y la impunidad

El gobierno de Guatemala, en 2006, firmó un acuerdo con la ONU para establecer la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). El mandato de la CICIG incluye la investigación de estructuras macrocriminales, “desarticulación, en colaboración con el gobierno, de los aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad”, así como formular “recomendaciones al Estado de Guatemala para la adopción de políticas públicas destinadas a erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición,

incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin” (CICIG, 2018).

La persona encargada de dirigir los trabajos de la CICIG es extranjera y nombrada directamente por el Secretario General de las Naciones Unidas, de manera que, difícilmente se verá comprometida su independencia e imparcialidad.

Si bien, el mecanismo internacional ha sufrido críticas¹⁰, lo cierto es que con sus investigaciones se ha logrado procesar y sentenciar a altos mandos responsables de actos de corrupción y de crímenes graves.

Estamos convencidos de que en México sólo será posible avanzar hacia la justicia con un mecanismo que tenga como base la cooperación internacional y que no vea comprometida su independencia con pactos de corrupción e impunidad. Además, lo vemos pertinente en virtud del rotundo fracaso de las instituciones nacionales encargadas de procurar justicia.

Fiscalía General de la República autónoma

El 29 de enero de 2016 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para cambiar la figura de la PGR a una Fiscalía General. El corazón de la reforma fue dotar a esta nueva figura de autonomía del poder Ejecutivo, ya que la actual PGR forma parte de la Administración Pública federal y en el nombramiento de su titular interviene el presidente de la República.

Se pretende que la Fiscalía General de la República sea un organismo público autónomo que contribuya a la mejor conducción de las investigaciones penales.

El reto en este sentido es que la Fiscalía, mediante un régimen de transición adecuado, así como procedimientos claros para la investigación y persecución de los delitos, cuente con una verdadera eficacia que le permita definir un plan de persecución penal real, de acuerdo con las necesidades de seguridad y justicia en el país.

El funcionamiento de la Fiscalía, hablando del tema de las desapariciones, consideramos que deberá cambiar el paradigma de investigación caso por caso para conducir investigaciones de contexto, que ayuden a dilucidar los patrones de actuación de autoridades y crimen organizado. Sólo así se podrán generar políticas de persecución penal serias, además de modalidades de política pública para prevenir esos crímenes.

Desmilitarización de la seguridad pública

La estrategia de seguridad iniciada en 2006 trajo aparejada el uso de las Fuerzas Armadas en cuestiones de seguridad pública que corresponden a los civiles. Las Fuerzas Armadas han sido las principales señaladas cuando se cometen abusos en contra de la población civil, entre otras, han sido responsables de casos de desaparición forzada.

La garantía de la seguridad en un Estado democrático debe plantear restricciones claras en cuanto a las funciones de los militares; sin embargo, en México, como ya se mencionó, se ha decidido dotar de facultades amplias al Ejército

¹⁰ Por ejemplo, los modestos resultados de los que pudo presumir la CICIG en sus primeros ocho años de funcionamiento, motivados en parte por la complejidad de las investigaciones.

para la investigación, detención de civiles e incluso resguardo de evidencia. Actividades que, además, justificadas en un contexto de “seguridad interior” se realizan en una total opacidad¹¹ (México, 2017b).

Es por ello que se requiere un cambio en la estrategia de seguridad de lucha contra las drogas que involucre entre otras, desmilitarizar al país.

4. Conclusiones

En México vivimos una crisis de violencia que, entre otros, se refleja en la magnitud del crimen de desaparición de personas. Las cifras que exponemos demuestran que desde los años sesenta es una política del Estado mexicano causar terror en distintos sectores de la población a través de la esa práctica.

Se tienen documentados numerosos casos de desaparición forzada a manos de instituciones policiacas y de las Fuerzas Armadas Mexicanas en al menos tres periodos de la historia de México: la Guerra Sucia, el conflicto Zapatista y la guerra contra las drogas. Todos estos casos se hallan impunes.

Al desmenuzar el concepto de impunidad y analizar el caso mexicano en torno a los elementos que le componen, podemos afirmar que en México se actualiza un panorama complejo en donde la impunidad ha llegado a ser estructural y tiene como consecuencia la falta de sanción de esas conductas y, por lo tanto, la repetición de crímenes graves, por ejemplo, la desaparición forzada de personas.

Ante este panorama, organizaciones de la sociedad civil, defensoras y defensores de Derechos Humanos y representantes de instituciones académicas, hemos realizado diversas propuestas que consideramos podrían contribuir a la erradicación de la impunidad:

- Un mecanismo internacional para el combate a la impunidad y la corrupción que ayude a romper con las estructuras que fomentan los pactos de impunidad en México. Asimismo, que ayude al fortalecimiento de las instituciones de justicia nacionales.
- La instalación de una Fiscalía autónoma que realice investigaciones de contexto con miras a dismantelar estructuras macrocriminales.
- La desmilitarización de la seguridad pública que modifique la estrategia de seguridad, así como la legalización de las drogas.

Esas propuestas las hemos desarrollado con base en experiencias comparadas de países de América Latina que lograron avanzar hacia la verdad, justicia y reparación de las víctimas de crímenes de Estado. Además, son cuestiones ya señaladas a través de recomendaciones por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y por Open Society Justice Initiative (2016).

¹¹ El artículo 9 de la Ley de Seguridad Interior. “La información que se genere con motivo de la aplicación de la presente Ley, será considerada de Seguridad Nacional, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables.” Es decir, la información se clasifica como reservada al ser de Seguridad Nacional.

Bibliografía

- ALTO COMISIONADO DE LA ONU PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2015). Disponible en: <http://www.cinu.mx/comunicados/2015/10/declaracion-del-alto-comisiona-1/>.
- AMBOS, K. (1999), *Impunidad y derecho penal internacional*, AdHoc, Argentina.
- ASTORGA ALMANZA, L. (2015), *?*, Grijalbo, Ciudad de México.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (2015), *Situación de Derechos Humanos en México*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>.
- COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA, CICIG. (2018), *Mandato*. Disponible en: <http://www.cicig.org/index.php?page=mandato>.
- COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA (2015), *Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención (11 de febrero de 2015) CED/C/MEX/1*. Disponible en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=694:comite-contra-la-desaparicion-forzada-observaciones-finales-sobre-el-informe-presentado-por-mexico&Itemid=282.
- COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA (2017), *Urgent actions registered by the committee*.
- FISCALÍA ESPECIALIZADA PARA MOVIMIENTOS SOCIALES Y POLÍTICOS DEL PASADO, FEMOSPP (2006), *Informe Histórico a la Sociedad Mexicana*. Disponible en: <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB180/index2.htm>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, INEGI (2017), *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE)*. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017_09.pdf.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2016), *Atrocidades Innegables*, OSJI, Nueva York. Disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/undeniable-atrocities-esp-20160602.pdf>.
- SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA. (2018), *Base de datos del Registro Nacional de Personas Extraviadas o Desaparecidas*. Disponible en: <http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/rnped/datos-abiertos.php>.

Normativa

- MÉXICO (1933), *Código de Justicia Militar*, Diario Oficial de La Federación, México.
- MÉXICO (2016), *Código Militar de Procedimientos Penales*, Diario Oficial de la Federación, México.
- MÉXICO (2017a), *Ley General en materia de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*, Diario Oficial de la Federación, México.
- MÉXICO (2017b), *Ley de Seguridad Interior*, Diario Oficial de la Federación, México.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (1998), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Roma.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2005), *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (2012), *Plan de acción de la ONU sobre la seguridad de los periodistas y la cuestión de la impunidad*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (2017), *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones*

forzadas, Nueva York.

Solicitudes de acceso a la información pública

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, CNDH. (2017). Solicitud de información folio: 351000004217.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PGR. (2017). Solicitudes de información folios: 0001700121517, 0001700018017, 0001700018117 y 0001700114417.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, CJF. (2017) Solicitud de información folio: 0320000161517.

Casos judiciales

CAUSA PENAL 179/2006 (Juez Noveno de Distrito en el Estado de Sinaloa 2009).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH. (1998), *Caso 11.411, Severiano y Hermelindo Santiz Gómez "Ejido Morelia", México*. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/97span/mexico11.411.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2011), "Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 4°, 6° y 7° (todos parcialmente) de la Ley 1424 de 2010, Sentencia C-771/11". En CORTE CONSTITUCIONAL DE Colombia (2011), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El control de Convencionalidad*. Disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/7426-1442-4-30.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

Narrativas de la legalidad en el hiperpresidencialismo constitucionalizado ecuatoriano

Narratives of legality in the Ecuadorian constitutionalized hyper-presidentialism

Efrén Ernesto Guerrero Salgado
Pontificia Universidad Católica de Ecuador
eequerrero@puce.edu.ec

Recibido / received: 16/12/2017
Aceptado / accepted: 07/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4162>

Resumen

La llegada al poder de Rafael Correa en el 2007 supuso diversos cambios en Ecuador, no sólo ideológicos sino también políticos, canalizados a través de una Asamblea Constituyente con el fin de ajustarse a los preceptos de la llamada "Revolución Ciudadana". La nueva Carta Magna estableció un mayor número de controles sobre el Ejecutivo y creó nuevas funciones, como el Poder Electoral y de Transparencia y Control Social, que también girarían en torno a las decisiones del presidente de turno. Esto, combinado con la personalidad de Correa, generó un escenario de hiperpresidencialismo, amparado por elecciones populares que legitiman los cambios realizados por el Gobierno. En el caso ecuatoriano, lo que sucedió fue una disolución de la legalidad mediante la acción mediática, en el que la palabra del presidente no sólo fue regla de conducta, sino también una percepción de que la actividad pública no puede ser discutida, rebasando sus competencias constitucionalmente establecidas. El presente texto, busca explorar los mecanismos de existencia de un discurso decisionista en el periodo de gobierno 2013-2017 y sus consecuencias en la gobernabilidad democrática, para demostrar que la existencia de una autoridad que escape del poder del Estado sólo puede ser contenida por la norma y la fortaleza de las instituciones democráticas, capaces de mejorar la intensidad de la ciudadanía.

Palabras clave

Hiperpresidencialismo, Rafael Correa, Ecuador, legalidad.

Abstract

The arrival to power of Rafael Correa in 2007 involved various changes not only ideological but also political, channeled through a Constituent Assembly to conform to the precepts of the so-called "Citizen Revolution". The new Magna Carta established a greater number of executive controls and created new functions, such as the Electoral Power and Transparency and Social Control, which would also revolve around the decisions of the incumbent president. This, combined with the personality of Correa, generated a scenario of hyper-presidentialism, supported by popular elections that legitimize the changes made by the government. In the Ecuadorian case, what happened was a dissolution of legality through



media action, in which the president's word was not only a rule of conduct, but also a perception that public activity cannot be discussed, exceeding its Constitutionally established competences. The present text, seeks to explore the mechanisms of existence of a decisionist discourse in the period of government 2013-2017 and its consequences in democratic governance, to demonstrate that the existence of an authority that escapes the power of the State can only be contained by the norm and the strength of democratic institutions, capable of improving the intensity of citizenship.

Keywords

Hyperpresidencialism, Rafael Correa, Ecuador, Constitution, legality.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El liderazgo presidencial en el marco de la construcción del modelo presidencial en la República del Ecuador. 3. Modelos de legalidad formal y centralismo decisorio en el régimen de Rafael Correa Delgado. 4. Disolución mediatizada de la legalidad: el caso de los “Enlaces Ciudadanos”. 4. 1. Las prácticas presidenciales dentro del sistema: distorsión entre legalidad y acción presidencial. 4. 2. Incoherencias entre práctica y realidad: la existencia de mecanismos tácticos y no legales en la gestión política. 5. La legalidad diluida y sus consecuencias en la gestión democrática.

1. Introducción

El presente estudio pretende examinar las consecuencias en la cultura de la legalidad de una narrativa “decisionista” (que pone el foco en la toma de decisiones de un presidente de la República) y sus consecuencias prácticas en la operación del Estado. Se tomará como ejemplo el caso de la República del Ecuador, comparando las atribuciones presidenciales presentes en la Constitución y el límite que esta impone. Con este objetivo, se explorará el caso del comportamiento del expresidente Rafael Correa como actor político y su relación con el principio de legalidad. El documento se centrará en el régimen político, definido como la forma en la que los sistemas de gobierno se relacionan entre sí y ocupan órganos directivos del Estado (Pachano y Freidenberg, 2016, p. 37), y en cómo la gestión comunicacional, basada en el uso intensivo de los medios de comunicación, generó vacíos en la legalidad y una narrativa que salía directamente de la presidencia. Esta utilizó un corporativismo a través de prácticas propias de una “democracia espectacular”, basada en el uso de mensajes puramente mediáticos, que alejan a los ciudadanos de la toma de decisiones democráticas (Anduca, 2017, p. 58).

Como se verá más adelante, en medio de una importante reforma de la estructura del Estado (Conaghan, 2016, p. 113-14), la acción presidencial se caracterizaba por un uso constante de los medios de comunicación con el fin de lanzar mensajes mediáticos y mantener una opinión pública favorable a su proyecto político (Cornejo Menacho, 2012). El ejercicio de este “Gobierno en tiempo real” generaba una centralidad capaz de afectar el ejercicio de la legalidad (De La Torre, 2011, pp. 24-25). En ese contexto, y en el marco de una época de profunda crisis de las relaciones entre el poder público y la sociedad civil, cabe preguntarse cuáles son las consecuencias para la legalidad y el Estado de Derecho de las actuaciones presidenciales que sobrepasan el mecanismo institucional y mantienen como único elemento de capital político la presencia presidencial. En ese espacio de construcción del poder, surge la capacidad del presidente de poder tomar decisiones

y mantener un liderazgo, imprescindible para conservar un poder estable y construir un liderazgo adecuado (Skene, 2003, p. 195). En el caso latinoamericano, este elemento supone que el presidente tiene que construir sus actividades desde sus “poderes legales”, limitados por el derecho, y desde aquellos de índole contextual, sostenidos por actores que se basan en espacios ciudadanos (Basabe-Serrano, 2017, p. 7). El manejo de aptitudes como el liderazgo y la capacidad de poder demostrar “eficiencia” en la gestión de lo público se ha vuelto cada vez más importante, pues la democracia como proceso político implica el consentimiento subyacente y continuo de los gobernados. Mientras que los presidentes reciben un poder considerable por parte del electorado, también tienen el riesgo de ser controlados, ya que ellos son los depositarios de la soberanía (Kane y Patapan, 2008, p. 10-13). Como se verá en el presente texto, la mediatización y generación espectacular de las decisiones del primer mandatario generó una percepción potente de centralidad de la legitimidad de la toma de decisiones en el presidente, con lo que se rompió el límite de las normas existentes en el ordenamiento jurídico legal y, por tanto, del aparato normativo y social que sostiene las reglas de juego de la sociedad (Rubio y Jaime, 2015, p. 38).

Para poder demostrar esta relación entre aumento de la mediatización y reducción de la legalidad, el artículo se ha dividido en cuatro apartados. El primero explicará el papel del líder político como factor necesario en la acción presidencial ecuatoriana, con el fin de demostrar que el presidente es *per se* el actor político que construye la personalidad del Estado ecuatoriano, y en consecuencia, su relación con la legalidad. En segundo lugar, se hará una aproximación a la Constitución de 2008, la denominada “Constitución de Montecristi”, cuyo diseño institucional incluye un reforzamiento al menos formal del control sobre el Ejecutivo, que supone un cambio en la concepción del Estado. La tercera parte busca demostrar la distancia entre la decisión expresada en los medios y el estándar de legalidad constante en la norma constitucional, mediante una comparación entre las competencias presidenciales existentes y las decisiones mediatizadas. Como se verá, este documento pretende demostrar una práctica política que no corresponde al estándar de la legalidad: la relación entre lo que dice la norma y lo que dice el presidente no siempre mantienen *sindéresis*, lo que tiene consecuencias en la gestión de lo público y su relación con la democracia.

2. El liderazgo presidencial en el marco de la construcción del modelo presidencial en la República del Ecuador

Desde su primera Constitución en septiembre del 1830, Ecuador adoptó una forma de gobierno republicano presidencial, que se ha mantenido sin mayores variantes en las 19 constituciones subsiguientes (Pachano y Freidenberg, 2016, p. 49). Esto influye, a pesar de la existencia de diferentes instrumentos de veto (Mejía Acosta, 2007), en la existencia de una tendencia *estatocéntrica* en el país, que hace que cualquier actor político busque la cercanía al centro de poder político y su estructura, asegurando recursos e información (Montúfar, 2000, p. 33). Sin embargo, la teoría ecuatoriana al respecto afirma una circunstancia paradójica: el votante ecuatoriano elige presidentes que promueven un cierto uso del estatismo y, en consecuencia, se impide la madurez política del electorado, profundizando la desafección democrática que puede dar paso a fenómenos parademocráticos o antidemocráticos (Villavicencio, 2010, p. 45). Esta tendencia, basada en la expectativa de que el presidente *maneje* el Estado y no lo *gobierne*, tiene como consecuencia que se vea al presidente como último responsable de la actividad estatal (Mejía Acosta, 2011, pp. 141-145), y que, a pesar de que el pueblo elige al presidente en elecciones transparentes, también se endilgue al presidente de ser el responsable de las crisis

institucionales y las diversas crisis constitucionales e institucionales (Barndt, 2010, p. 123). De esta manera, cuando hay un cambio en la ideología del presidente, este suele acompañarse con un cambio en la Constitución (Mora, 2007, p. 18).

Para poder mantenerse este escenario de conflicto, la doctrina propone que las decisiones políticas estarán sostenidas por una serie de elementos comunes: la existencia de mecanismos constitucionales que actúen como alicientes de las decisiones de actores clave (Sartori, 1996, p. 78) o de factores como la idea del político como figura carismática (Skene, 2003, pp. 200-203). Para nuestro caso, utilizaremos una serie de variables ya utilizadas por la doctrina respecto a las prácticas del presidencialismo (Pachano y Freidenberg, 2016, p. 64): el diseño institucional del poder del presidente como actor político, las prácticas presidenciales y la existencia de incoherencias en el sistema, elementos que se explican en la sección cuatro de este texto. A este respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana, como máximo intérprete de la Constitución (art. 426), ha establecido que el ejercicio del poder estatal “demanda la presencia de diversas funciones y estamentos con sus respectivas autoridades, para atender los asuntos inherentes a cada uno de ellos. Este ejercicio, que en las democracias lo ejerce el pueblo, impone que las instituciones del Estado y sus autoridades tengan límites en sus potestades, básicamente en razón de orden” (Sentencia N° 026-11-SEP-CC, 2011), y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resulta obligatoria en el Ecuador (Ávila, 2016, p. 30), expresa de manera clara que, “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una *tríada*, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005). Por estas razones, y dada la inexistencia estructural de procesos de pluralismo político, políticas públicas estables y el equilibrio en la relación entre poderes (Basabe-Serrano, Pachano, y Mejía Acosta, 2010, p. 83), es importante ilustrar de forma mínima el alcance de la toma de decisiones en el último periodo de gobierno y su relación con las demás áreas estratégicas del Estado.

Como se ha establecido, el liderazgo presidencial a) se construye en un marco estatocéntrico, por lo que la figura del Presidente no sólo es formalmente la de Jefe de Gobierno y Estado, sino de líder central de la toma de decisiones políticas; b) esto se encuentra potenciado por la visión del votante, que evalúa de forma directa la personalidad del candidato; c) finalmente, todo esto desemboca en que la decisión presidencial no toma en cuenta aspectos estructurales, sino que será sostenida de forma rentista: definiendo al Estado como el núcleo de la asignación de los recursos (Pachano y Freidenberg, 2016, p. 254). En este contexto, la entrada del Gobierno de Rafael Correa y utilización de la Constitución del 2008 como herramienta político-administrativa muestran un paradigma constitucional que generó espacios de participación que diluyeron la cultura de la legalidad en una mediatización de la política. Esto es consecuencia de la existencia de ciertas actividades, sostenidas por parte del Ejecutivo, basadas en una acción supuestamente formal, pero que no llegan a ser de una legalidad material, pues la mediatización las liga a la figura presidencial y, como se verá más adelante, las unifica en torno al gobierno de turno.

3. Modelos de legalidad formal y centralismo decisonal en el régimen de Rafal Correa Delgado



En Ecuador se dice que el peso del cargo viene de acuerdo con la personalidad de quién lo ocupa. Los presidentes ecuatorianos, independientemente de su color político, se encuentran limitados por el derecho, que no está diseñado para poder generar instituciones, sino que busca centralizar liderazgos y reducir la cooperación entre los actores políticos (Pachano y Freidenberg, 2016, p. 254). Con el objetivo de cumplir con sus metas, ya sea políticas o legales, el primer mandatario actúa con la legitimidad de ser designado por elección popular (Nohlen, 1991), con lo que su decisión influye en los resultados políticos y administrativos de su gestión (Albala, 2016, p. 475)¹.

La primera característica de las decisiones presidenciales ecuatorianas respecto a la cultura de legalidad es la inestabilidad normativa: un constante cambio de reglas ha impedido la institucionalización del aparato político ecuatoriano y, en consecuencia, de aquellos que toman sus decisiones (Pachano, 2003, p. 1). Esta falta de reglas de juego en el sistema democrático genera la aparición de discursos y reglas informales (Basabe-Serrano, 2014, p. 224), basadas en la fuerza de los actores que las sostienen. Al no contar con seguridad jurídica, y en ausencia de reglas que limiten el poder de los actores en su relación con el Estado, algo definido de forma vinculante por la Corte Constitucional Ecuatoriana² (Corte Constitucional Ecuador, 2016), se dan efectos perniciosos que generan alicientes para que los actores en ejercicio de una decisión racional rompan, a través de sus dichos y actos, con cualquier acuerdo formal o actor de veto. Eso potencia la autoridad, pero genera la carencia de estabilidad política, la ausencia de proyectos específicos y el autoritarismo forzado en la representación política y social (Sánchez Parga, 2009, p. 187). En palabras del expresidente Osvaldo Hurtado (1991): “(E)l país es ingobernable. La prensa ejerce presión y colaboraba para esto. Es necesario un presidencialismo fuerte para cumplir con el programa de gobierno”.

Pero, para entender este fenómeno, es necesario ahondar un poco en el pasado y volver a 1979, año en el que Ecuador regresó a la democracia (Mainwaring, 1993). Desde ese momento, se ha tenido una constante pugna entre el Legislativo y el Ejecutivo, en torno al procesamiento de instrumentos legales o políticos impulsados desde el Gobierno (Pachano y Freidenberg, 2016, p. 141). Este mecanismo, unido a otras variables de índole más estructural, conllevó, en el año 2007, una fragmentación que generó la aparición de liderazgos evanescentes, con fuertes actores de veto, manifestado en bajos niveles de gobernanza incapaces de sostener una acción organizada de gobierno. Todo esto llevó al vaciamiento de la legalidad, traducida en un retorno a la actividad del primer mandatario, fomentando su autoridad y profundizando un exceso de atribuciones (Conaghan, 2015). En medio de esta crisis, la llegada de Rafael Correa en noviembre del 2006, a la presidencia cambia el panorama de la gestión del poder, en una serie de elementos que muestran la centralización del poder político:

- a. *Construcción del mecanismo institucional basado en la decisión presidencial: se observa un aumento, tanto en las competencias presidenciales (18, de acuerdo*

¹ La teoría plantea considerar como variables de legalidad el grado de separación de poderes, que busca mantener un equilibrio entre la capacidad organizativa del Legislativo y las ventajas de asimetría de información existentes (Deeks, 2016, pág. 65). Pero, en la práctica, ningún sistema presidencialista está totalmente separado, pues el Ejecutivo busca contar con una mayoría dentro del Legislativo para poder ejecutar su agenda (Nohlen, 1991). Sin embargo, el Legislativo tiene la potestad de aprobar normas que pueden caer en el espacio de poder del otro (Sartori, 1984) y visibilizar las fricciones presentes en los diferentes estamentos sociales (Sartori, 1996).

² Al respecto, la Constitución del Ecuador, en su art. 429, establece que “la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”, siendo su jurisprudencia vinculante, según el art. 436.1.

con el art. 147 de la Constitución) como en el número de funcionarios que se nombran de forma directa mediante Decreto Ejecutivo³, y, en general, un cambio en la estructura del poder político del país. Aunque ha sido calificada como hiperpresidencialista en la forma en la que el poder se concentra en una sola función del Estado (Conaghan, 2016, p. 113), debe entenderse en un contexto más amplio, que será desarrollado a continuación. En términos de la actuación presidencial, la teoría muestra que hay varios calificativos que muestran que el hiperpresidencialismo es un *síntoma* de una situación más amplia del sistema democrático, en términos de una democracia “con adjetivos”, que incluye elementos como “tecnopopulismo” (De La Torre, 2011), “democracia delegativa” (Mejía Acosta, 2007) o autoritarismo competitivo (Basabe-Serrano y Martínez, 2014). A efectos de este texto, no se hará una revisión de la variada literatura respecto al tema, pero podemos decir que todas se centran en la existencia de un mecanismo poder-centrista, capaz de escapar del control del ordenamiento jurídico.

- b. *Una ruptura de lo mínimos de la legalidad en la acción de lo público*: La idea principal existente en el imaginario político de Patria Altiva i (sic) Soberana, el movimiento político “oficialista”, es la del sistema político como espacio de “conflicto” que se disputa con la oposición política (ALIANZA PAÍS, 2006, p. 13). El comportamiento político, por tanto, ha sido decididamente antipluralista y altamente centrífugo. Al respecto, Conaghan y Basabe-Serrano centran su acción en la existencia de una dicotomización negativa de la realidad, basada en la existencia de un grupo contrario a la visión oficial y la necesidad de eliminar esa amenaza, con lo que se consigue un “hiperpresidencialismo imperial” (Basabe-Serrano, 2017, p. 11). Uno de los mejores ejemplos es la relación del Gobierno de Rafael Correa con los medios de comunicación, que es descrito por el primer Secretario de Comunicación del Gobierno de Correa, Fernando Alvarado, de la siguiente manera:

“No se podía llevar adelante un proceso de cambios tan profundo, como el que Correa quería, sin la polarización. (...) ¿Cómo politizábamos al ciudadano común, haciéndolo participar en un cambio revolucionario en paz? ¿Cómo cambiabas tú esto, si no identificabas a un grupo como los interesados en mantener un *statu quo* de beneficios y privilegios que caracterizan su forma de vida versus los cambios profundos que teníamos que hacer y que sabíamos que los iba a afectar? (...) “Tienes que derrotarlo en sus aspiraciones, intereses y privilegios. Tienes que ubicar al contrario en la otra esquina. Allí está la polarización” (Cornejo Menacho, 2012).

- c. *Decisión política directa, sin intermediarios*: Alianza Patria Altiva i Soberana, como movimiento de Gobierno⁴, propuso controlar la acción política mediante una Asamblea Constituyente que redactase la nueva Carta Magna, que reconocería y garantizaría los derechos de sectores de la población usualmente excluidos (Correa, 2007). Esta estrategia alentaría la necesidad de crear modelos de legalidad que no sólo permitiesen a dichos sectores obtener poder, sino también que creasen una estructura en la cual el Estado fuese lo suficientemente poderoso como para generar sostenibilidad y gobernabilidad, fortaleciendo, en palabras del Gobierno, a “la sociedad —y no a mercado (como en el neoliberalismo) ni al Estado (como en el denominado «socialismo real») —

³ La última lista de funcionarios nombrados por autoridad presidencial emitida por la Secretaría de Planificación y Desarrollo incluye a ministros, miembros de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad de Estado, y Secretarios Nacionales, Secretarías Técnicas; Delegados en Directorios de Empresas Públicas, y miembros de Consejos. Esta cubre amplios sectores de la toma de decisiones estratégicas y decisiones a nivel nacional (Presidencia de la República del Ecuador, 2017, pp. 61-63)

⁴ Al momento de la redacción de este texto, el movimiento AP ha sufrido una fractura interna que ha dividido al movimiento entre el expresidente Rafael Correa y el presidente actual, Lenin Moreno.

como eje orientador del desenvolvimiento de las otras instituciones sociales” (SENPLADES, 2009, p. 34).

En este contexto, la siguiente sección explicará cómo se desarrollaron las prácticas presidenciales con el uso de los *mass media* en espacios de gobierno en tiempo real, lo que afectó a la gestión del Estado y centralizó el poder de decisión legal en el presidente.

4. Disolución mediatizada de la legalidad: el caso de los “Enlaces Ciudadanos”

El ejercicio de la legalidad en el Ecuador, tradicionalmente fracturado por la existencia de actores de veto, no estaba basado, hasta la llegada de Correa, en la construcción de relaciones sociales establecidas por la seguridad jurídica y la existencia de un Estado de Derecho capaz de plantear a la Constitución como determinadora del contenido de la ley y del acceso y ejercicio de la autoridad y de la estructura del poder (siendo los derechos de las personas, a la vez, límites del poder y vínculos de su acción) (Corte Constitucional del Ecuador, 2011). Al contrario, si no se encuentran soluciones permanentes por la vía de las instituciones, podría hallarse una solución “equivocada a través de algún nuevo ‘mago’ que pretenda solucionar los problemas del país simplemente con su palabra, su oferta o su carisma” (Corral, 2006, p. 11). La siguiente sección mostrará, a través del esquema de Pachano y Freidenberg, las formas que manifiestan el ejercicio mediático de la gestión de la legalidad. Para este ejercicio, se hará una comparación de las prácticas presidenciales mediáticas que vuelven inoperable el principio de legalidad, ya que convierten la decisión política en un ejercicio de propaganda que vacía de todo conocimiento las reglas de juego democráticas y genera, en la figura de presidente, un “poder salvaje”, paralela a la norma positiva y capaz de romper las estructuras del juego democrático (Trejo, 2004, p. 91).

4. 1. Las prácticas presidenciales dentro del sistema: distorsión entre legalidad y acción presidencial

En su discurso de posesión de presidente de la República del 15 de enero del 2007, Rafael Correa Delgado no juró defender la Constitución, sino respetar el mandato de sus electores. Aunque esto no es una violación constitucional, muestra cómo el mandato popular se vuelve el único límite para la acción del presidente, estableciendo la opinión del actor político como equivalente al Estado de Derecho (Jaramillo-Jassir, 2012, p. 151). La consecuencia directa de esta circunstancia es el “decisionismo” como doctrina legal, el cual supone que los valores y normas obedecen a un ejercicio discrecional del poder (Flax, 2004, p. 17). Según Carl Schmitt, el decisionismo, como doctrina legal, se basa en que, en circunstancias críticas, la realización del derecho depende de una decisión política carente de contenido normativo (Schmitt, 1928, p. 18), volviendo al actor en el que se deposita la soberanía popular en el único capaz de tomar decisiones en estas situaciones. Esto explicaría algunas decisiones de Correa, quien combina esta confianza ilimitada en las decisiones del presidente (Pachano, 2010, p. 315) con el desarrollismo, que establece la actuación de las instituciones públicas como motores de la vida pública, desplazando a la sociedad civil y debilitando el pluralismo (Ramírez Gallegos y Minteguiaga, 2007, p. 101). En este orden de cosas, hay tres rasgos básicos en la teoría política decisionista (según la teoría de Schmitt) que es necesario explorar en las prácticas de Rafael Correa durante su gobierno:

- a. *La importancia central y determinante a las decisiones políticas*: Uno de los mecanismos de poder más recurrentes eran los “Enlaces Ciudadanos” (transmisiones de radio y televisión semanales) que se realizaban todos los sábados (De la Torre, 2011) y servían como escape del principio de la legalidad y a su vez como una decisión colegiada de cualquiera que gobernara. Aunque se justificaban como un “espacio abierto a la ciudadanía donde se da una rendición de cuentas semanal a todo el territorio nacional” (SENPLADES, 2017, p. 70), se transformaba en una herramienta sumamente espectacular para gestionar la política⁵. Su forma de gobernar en vivo, por cadena nacional y espacios de tres horas destinados a la rendición de cuentas semanal, lograban que Correa tuviera una legitimidad y credibilidad desmedida, pues no había forma de refutar ni persuadir a que algo distinto de lo comunicado se vuelva política pública, ya que estaba legitimado por haber sido realizado “en tiempo real” (Muñoz Eraso, 2010, p. 163). De estos espacios, se hizo una comparativa de cómo se escapa la competencia cerrada constante en la Constitución, con lo expresado en el Enlace; esto se verá en la comparativa realizada más abajo.
- b. *Concepción de soberanía como el poder de decisión definitivo*: Este elemento surgió en el discurso de posesión del 2007. Se proponía que la “Patria”, en su autonomía e independencia, buscara y tomara decisiones por medio de su máxima autoridad (Correa, 2007). Con esta idea, la capacidad de decisión del Estado pasa a ser una reacción antielitista, una recuperación de los sentidos de pertenencia nacional y un extenso sentimiento de pertenencia en grandes capas de la población (SENPLADES, 2009, p. 85). Esto provocó situaciones como la ruptura de las relaciones diplomáticas con Colombia por el bombardeo de Angostura en marzo 2008, o la terminación del Acuerdo de Cooperación entre Estados Unidos y Ecuador en temas de lucha contra el narcotráfico, entre otras acciones que han sido calificadas como una estrategia que, siendo regresiva en la posición internacional, sirvió para mantener los eventuales liderazgos políticos intactos (Báez, 2008, pp. 147-148).

4. 2. Incoherencias entre práctica y realidad: la existencia de mecanismos tácticos y no legales en la gestión política

La nueva Constitución del 2008 cambió la estructura del Estado ecuatoriano. De acuerdo al artículo 255, este se comprende de: a) organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; b) Régimen autónomo descentralizados y sus entidades; c) organismos y entidades creadas por la Constitución o leyes; y d) personas jurídicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Al aumentar las funciones del Estado en cinco poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Transparencia y Control Social y Electoral), se crean diversos mecanismos tácticos de control, ya que la elección de actores claves es realizada por medio de ternas enviadas por la cabeza del Gobierno. De esta manera, la

⁵ El autor tuvo la oportunidad de asistir a una decena de estos eventos y hacer el seguimiento por medios de comunicación de alrededor de un centenar más. Este espacio duraba alrededor de 4 horas y fue realizado en todos los cantones del país, teniendo 550 emisiones. En estas, el presidente de la República hacía un resumen de sus actividades semanales, explicando su contenido y acciones. Además, emitía su opinión sobre temas de actualidad, fustigando y ridiculizando a opositores. De hecho, en ellos se incluyó un segmento particular, denominado, *La libertad de expresión ya es de todos*, en el que el presidente de la República valoró y calificó como “mentira comprobada” ciertas noticias, ridiculizó las opiniones de periodistas, rompió periódicos e incitó a los asistentes y a la audiencia en general a rechazar a los medios privados y sus periodistas (Diario El Comercio, 2012b).

Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública, la Fiscalía General del Estado, la Contraloría General y los miembros del Consejo Nacional Electoral y Consejo de la Judicatura son todos designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que a su vez es designado por el presidente. Esto ha sido criticado, dado que mina la soberanía, limitándola a actores que, sin ser elegidos popularmente, toman decisiones de Estado estratégicas (Pachano y Freindenberg, 2016, p. 60).

Al respecto la teoría afirma que el aumento de competencias, ligado a un mecanismo de gestión del poder puede entenderse como una manifestación del hiperpresidencialismo. Sin embargo, se propone repensar esto desde *las consecuencias* de las acciones legales, bajo la idea de que hay que pensar la situación sucedida en Ecuador desde el positivismo. Mediante la comparación de las competencias presidenciales, se mostrará, por un lado, que a) la toma de decisiones se centraba en el presidente, con lo que aumentaba una gestión distorsionada de la realidad mediante una “democracia mediática” en la que se difunde una sola verdad y se hace una dicotomización en contra de todo discurso alternativo (Ávila, 2016, p. 84). Esto se determinará especificando si el tema fue analizado en un Enlace Ciudadano. Por otro lado, se mostrará b) si se daba una organización “democrática-espectacular”, en la que el Estado tiene el monopolio no solo de la violencia sino de la apariencia (Agamben, 1998, p. 64), con la que se llega a una situación en que la acción presidencial termina limitando la acción del modelo presidencial⁶. Esto se medirá especificando si la actuación del presidente era el detonante directo de una reacción del Estado. La siguiente tabla comparativa busca mostrar si las competencias básicas del primer mandatario, previstas en el art. 148 de la Constitución, se ven superadas por las actuaciones mediáticas del presidente, y si tienen una consecuencia en la gestión del poder duro.

Tabla 1: Comparación de actuaciones presidenciales

Atribuciones del presidente según la Constitución. Artículo 147	Cumplimiento de las atribuciones en el ejercicio de la presidencia	Democracia mediática	Democracia espectacular
Cumplir y hacer cumplir la Constitución	En la toma de posesión de 2006 y 2009, Rafael Correa, al no jurar por cumplir y defender la Constitución (como se tenía por costumbre), sino defender el mandato del pueblo, aplica el decisionismo que explicamos en apartados anteriores (Schmitt, 1928).	Al respecto, se habló directamente de su papel en la situación del Estado: “El presidente de la república no es solo jefe del poder ejecutivo, es jefe de todo el Estado ecuatoriano, y el Estado ecuatoriano es el Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral, Transparencia y control social, Superintendencias, Procuraduría, Contraloría... todo eso es el Estado Ecuatoriano” (Diario El Comercio, 2012a)	Esto se manifestó en amplias reformas del Estado que concluyeron en una amplia reforma del sistema judicial, que fue duramente criticada en la Academia (Pásara, 2014). Dado que la decisión gubernamental se volvía inicio y fin de la política, en la forma de una “delegación ciudadana” (Mejía Acosta, 2011), el Estado de excepción se volvió una herramienta de gobernanza permanente, que en algunos casos minimizaba la capacidad de acción de sus opositores, como es el caso del Decreto No. 755 a propósito del proceso eruptivo del volcán Cotopaxi. Las restricciones declaradas no solo se dieron por el proceso eruptivo, sino también por las movilizaciones que la Confederación de Indígenas del Ecuador

⁶ De hecho, en varios Enlaces Ciudadanos, el ex presidente explicó que su palabra es “sagrada” (Diario La República, 2015).

			estaba realizando en la localidad de Saraguro, al sur del Ecuador y a cientos de kilómetros de la zona del desastre natural (Arias, 2015). Esta atribución presidencial restringiría ciertos derechos, como la inviolabilidad del domicilio, de tránsito, de reunión y de correspondencia (Decreto No. 755, 2015), hecho que se opone al estándar planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.
Informar de las políticas y acciones a la Asamblea Nacional al momento de su posesión	Los Enlaces Ciudadanos, usualmente, tenían la presencia de gran parte del oficialismo del Legislativo. La presencia de ellos, de manera no oficial, podría constituirse como el cumplimiento de esta atribución, pues cada sábado no sólo se rendían cuentas sino también se informaba de las futuras acciones que el resto de las funciones debía de acatar, incluyendo varios niveles de amenaza	Se dio una situación a comienzos de 2016 en el que el presidente amenazó con la existencia de una “muerte cruzada” (disolución legal de la Asamblea Nacional) si el Partido de Gobierno pierde una mayoría legislativa (Manetto y Cosntante, 2017)	La tensión con la Asamblea se tradujo no en informar sus avances, sino en generar amenazas, inclusive de renuncia, si se tramitaban algunas iniciativas legislativas (Diario La República, 2013)
Presentar anualmente a la Asamblea Nacional el informe sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo	Entre las responsabilidades de los ministros coordinadores estaba cumplir con el Plan Nacional de Desarrollo. Ellos emitían un informe por escrito, que pasaba a la Asamblea Nacional. Sin embargo, el presidente Rafael Correa daba un discurso político más que técnico.	En el último informe a la Nación se plantea: “No es fácil gobernar un país como Ecuador, con una prensa tremendamente corrupta y deshonesto, vocera de los grupos de siempre; con tal nivel de incoherencia e inconsistencia de una supuesta oposición que tiene la mentira como instrumento, el engaño, sin respetar principios, sin tener escrúpulos. No es sencillo. Algunas veces dicen que yo soy irascible, creo que soy una persona común y corriente, los raros eran los presidentes que no se inmutaban ante tanta infamia, tanta calumnia. No esperen nunca de mí que me deshumanice por ser presidente de la República” (Correa,	Los informes a la nación se volvieron espacios de intervención política y de gestión de imagen, que marcaban los espacios legislativos y la percepción ciudadana respecto al régimen (Cerbino, Maluf, y Ramos, 2017).

		2016, p. 76).	
Enviar la proforma del Presupuesto General del Estado para su aprobación a la Asamblea Nacional	Al tener mayoría absoluta dentro del legislativo, las proformas fueron aprobadas en tiempo récord, sin observaciones.	Al respecto, en varios Enlaces se informaba el manejo presupuestario: "No hay mejor ahorro que una buena inversión. El falso ahorro nos ha hecho mucho daño. Piden ahorrar y ser prudentes cuando falta escuelas, hospitales y otros. El problema está en USD 5 000 millones que hemos perdido más la apreciación del dólar. Lean cualquier reporte internacional serio. A no dejarse engañar, se han hecho cosas muy bien. Creemos que la inflación se ubicará en el 3,3 %. Un Crecimiento real del PIB en 1,0 %. Crecimiento real del PIB no petrolero en 1.0 %. Precio referencial del crudo en la Proforma Presupuestaria 2016 es de USD 35. Esto nos da un déficit de 2,4 %. El PIB se ha duplicado con relación a otros gobiernos."	Este tema ha sido analizado por la teoría, ya que, al enviar una proforma no discutible, las posibilidades de acción de la Asamblea para reducir o controlar el margen de acción del presidente, se veían disminuidas (Pachano y Freindenberg, 2016, p. 62).
Nombrar y destituir a ministros y servidores públicos	La figura de la puerta giratoria dentro de los servidores públicos fue recurrente. Constantemente se pedía la renuncia de diversos funcionarios, que serían ubicados en distintos ministerios de acuerdo con la necesidad del presidente.	La rotación ministerial en el caso ecuatoriano es muy alta, y en el caso del ex presidente ha sido amplia. Al respecto, la doctrina afirma que es uno de los más graves problemas para la ejecución de política públicas estructurales (Pachano y Freindenberg, 2016, p. 107).	Estas prácticas de rotación ministerial, aunque son absolutamente legales, hacen que la capacidad instalada se vea superada por la capacidad política (Avendaño y Dávila, 2013).

Definir la política exterior	El Plan Nacional del Buen Vivir del 2013 establecía el “retorno” del Estado, cuyo fin era el de terminar la turbulencia política y eliminar la agenda neoliberal. Cambiando la nueva agenda pública, se fortalecía y consolidaba la matriz de poder estatal (SENPLADES, 2009).	Temas como la posición de la oposición con respecto a los organismos internacionales han sido analizados en los Enlaces Ciudadanos: “La oposición está organizada y cuenta con apoyo de líderes de derecha internacionales, de la CIA, de los medios de comunicación y otros actores políticos. Ayudados por estos años difíciles que ha vivido el continente, en caso de la derecha no pasa nada, en el caso de la izquierda, es culpa de todos los Gobiernos populistas, cuando toda América Latina, salvo contadas excepciones están viviendo estos últimos meses duras situaciones económicas” (Diario El Comercio, 2017).	Esto se manifestó en una política internacional confusa, reactiva y poco proactiva, centrada en los intereses presidenciales (Malamud y García-Calvo Rosell, 2009).
Participar con iniciativa legislativa en el proceso de formación de leyes	La figura del presidente colegislador perjudica notablemente a la independencia de funciones, al ser él quien aprueba su propia iniciativa o poder amenazar con el veto parcial (a un artículo o varios de la norma) o total (negativa pura y simple de todo el contenido del documento).	En este sentido, el expresidente realizaba observaciones <i>ex ante</i> sobre su papel de colegislador. Respecto a la Ley Orgánica de Comunicación, el Primer Mandatario exhortó a la Asamblea Nacional a que se debata con conciencia la Ley de Comunicación o, si no, se acogerá a su derecho de colegislador a través de un veto presidencial (Diario El Ciudadano, 2011).	La institución de “colegislador” creó un escenario irresoluble en la gestión del proceso constitucional, por cuanto puede pasar un bloque permanente entre la Asamblea y el presidente en la construcción legal (Pachano y Freindenberg, 2016).

Fuente: Elaboración propia

5. La legalidad diluida y sus consecuencias en la gestión democrática

El análisis de los datos demuestra que el proceso presidencial y su gestión en el Ecuador tiene poco que ver con una cultura de legalidad ajustada a la existencia de normas claras, previas y aplicadas de manera igual para todos los ciudadanos. La actuación del presidente como árbitro, negociador, operador y ejecutor de la política pone a su voluntad en el centro de la gestión de lo público. A pesar de que su elección popular directa por un tiempo determinado debería modelar su poder, el caso de Rafael Correa muestra que existe un diseño institucional, una mecánica

legal y, lo más importante, unas prácticas institucionales que concentran la soberanía popular únicamente en el voto. En resumen, el presidente ecuatoriano dirige el Estado y no comparte ese poder con el gabinete (Shugart, 1997), sino que excede ese poder mediante el uso de mecanismos personalistas o mediáticos. Rafael Correa pudo ganar siete elecciones continuas y parte de sus decisiones se basó en el cumplimiento de la voluntad popular. Además, a través de Enlaces Ciudadanos, demostró reiteradas veces que el máximo poder era suyo y no del resto del Sistema. Como ya fue demostrado, la Constitución del 2008 agrega atribuciones y centraliza poder en el presidente, con lo que se reduce y afecta notablemente al equilibrio de poderes, a la estabilidad democrática y al Gobierno.

Este escenario hace que el Poder Ejecutivo se sobreponga al resto de poderes (Shugart, 1997). La concentración de poderes en manos del presidente convierte a este en un ente superior, capaz de generar escenarios de abuso normativo. En muchos casos, se han utilizado todas las herramientas posibles, como decretos y diversos espacios, para que se haga la voluntad del jefe de Estado. La tabla 1 también muestra un fenómeno que resultará nuevo en países anglosajones pero común en las democracias latinoamericanas: la generación de verdades no basadas en datos, sino en la gestión mediática; es decir, circunstancias en que los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública que las referencias a emociones y a creencias personales (Fernández-García, 2017, p. 67). De cada expresión del presidente, los hechos demuestran una distorsión, basada en a) una centralidad en las acciones; b) una mediatización de estas; y c) una acción del Estado no guiada por la acción de la norma, sino por su mecanismo comunicacional.

A pesar de elaborar una Constitución garantista y pluralista que integra a los sectores más vulnerables de la sociedad, también se avanzó y se garantizó más poder fáctico y jurídico en el primer mandatario. En el escenario actual, en el que hay una ruptura importante entre el anterior presidente (Rafael Correa) y el presidente elegido, Lenin Moreno, vale la pena plantear el siguiente interrogante: ¿es el diseño institucional o la persona quien construye una cultura legal en las decisiones presidenciales ecuatorianas? Como se explicó más arriba, la respuesta depende de las variables a ejecutar y de la personalidad del individuo, que hace del análisis de la política ecuatoriana y su relación con la legalidad un tema inacabado y de profundo interés para los actores políticos y la academia, con el fin de que, como lo plantea Tocqueville (2002), la disolución de la autoridad sustentada en razones extrademocráticas y el respeto de la Ley sea la guía de actuación de los funcionarios.

Bibliografía

- AGAMBEN, G. (1998), "Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida", *Revista de Occidente* (208), pp. 63-76.
- ALBALA, A. (2016), "Presidencialismo y coaliciones de gobierno en América Latina: Un análisis del papel de las instituciones", *Revista de Ciencia Política*, 36(2), pp. 459-479.
- ALIANZA PAÍS (2006), *Manifiesto Ideológico*, AP, Quito.
- ARIAS, L. (2015, 21 de agosto), "Policía de Loja dijo que actuó de acuerdo al Estado de Excepción vigente", *Diario El Comercio*.
- AVENDAÑO, O., y DÁVILA, M. (2013), "Rotación ministerial y estabilidad coalicional en Chile, 1990-2010", *Revista de Ciencia Política*, 50(2), pp. 87-108.
- ÁVILA, R. (2016), *El neoconstitucionalismo andino*, Huaponi Ediciones, Quito.

- BÁEZ, R. (2008), "Correa, o la fase superior del neoliberalismo", *Revista Tendencias*, 9(2), pp. 145-151.
- BARNDT, W. (2010), "Executive Assaults and the Social Foundations of Democracy in Ecuador", *Latin American Politics and Society*, 52(1), pp. 121-154.
- BASABE-SERRANO, S. (2014), "Instituciones informales: discusión conceptual y evidencia empírica en el caso ecuatoriano". En: WENCES, I., BONILLA, A. y CONDE, R., *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*, Flacso, Quito, pp. 219-240.
- BASABE-SERRANO, S. (2017), "Las distintas caras del presidencialismo: debate conceptual y evidencia empírica en dieciocho países de América Latina", *REIS. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 157, pp. 3-22.
- BASABE-SERRANO, S., y MARTÍNEZ, J. (2014), "Ecuador: Cada vez menos democracia, cada vez más autoritarismo... con elecciones", *Revista de Ciencia Política*, 24(1), pp. 147-170.
- BASABE-SERRANO, S., PACHANO, S., y MEJÍA ACOSTA, A. (2010), "La democracia inconclusa: derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2008)", *Revista de Ciencia Política*, 30(1), pp. 65-85.
- CERBINO, M., MALUF, M., y RAMOS, I. (2017), "Pueblo, política y comunicación: la recepción del discurso del presidente Rafael Correa", *Opinião Pública*, 23(2), pp. 485-508.
- CONAGHAN, C. (2015), "Surveil and Sanction: The Return of the State and Societal Regulation in Ecuador", *European Review of Latin American and Caribbean Studies / Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 98, pp. 7-27.
- CONAGHAN, C. (2016), "Delegative Democracy Revisited: Ecuador Under Correa", *Journal of Democracy*, 27(3), pp. 109-118.
- CORNEJO MENACHO, D. (2012), "Ecuador se fue a la Guerra", *Gatopardo*.
- CORRAL, F. (2006), "El desafío institucional en el Ecuador: una visión desde la legalidad", *Cuestiones Económicas*, 22(2), pp. 7-16.
- CORREA, R. (2007, 15 de enero). *Discurso de Posesión*. Disponible en: <http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/07/Posesion-Presidente-2007.pdf>
- CORREA, R. (2016, 24 de mayo). *Informe a la nación 2016, la Década Ganada*. Quito.
- DE LA TORRE, C. (2011), "El tecnopopulismo de Rafael Correa. ¿Es compatible el carisma con la tecnocracia?", *Latin American Research Review*, 48(1), pp. 24-43.
- DEEKS, A. (2016), "Checks and Balances from Abroad", *The University of Chicago Law Review*, 83(1), pp. 65-85.
- DIARIO EL COMERCIO (2012a, 13 de junio), "Correa ha destruido el sistema judicial ecuatoriano, según revista Foreign Policy", *Diario El Comercio*.
- DIARIO EL COMERCIO (2012b, 12 de mayo), "Resumen del enlace ciudadano No. 271", *Diario el Comercio*.
- DIARIO EL COMERCIO (2017, 17 de marzo), "Enlace Ciudadano 516 desde la Explanada del Distrito de Educación en Salitre, Guayas", *Diario El Comercio*.
- DIARIO LA REPÚBLICA (2013, 11 de octubre), "Correa amenaza renuncia si PAIS despenaliza aborto por violación", *Diario La República*.
- DIARIO LA REPÚBLICA (2015, 12 de agosto), "Correa señaló dos veces que su palabra es "sagrada", *La República*.
- DIARIO EL CIUDADANO (2011, 11 de junio). La Ley de Comunicación tendrá que establecer una verdadera prensa libre e independiente. *El Ciudadano*.
- FLAX, J. (2004), *La democracia atrapada. Una crítica del decisionismo*, Biblos, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ-GARCÍA, N. (2017), "Fake news: Una oportunidad para la

- alfabetización mediática”, *Nueva Sociedad*, 269, pp. 66-77.
- JARAMILLO-JASSIR, M. (2012), “Populismo y consolidación democrática en el gobierno de Rafael Correa ¿Dos conceptos irreconciliables?”, *Reflexión Política*, 14(27), pp. 142-153.
- KANE, J., y PATAPAN, H. (2008), “The Challenge of Dissident Democratic Leadership”. En: KANE, J., PATAPAN, H. y WONG, B. (eds.), *Dissident Democrats: The Challenge of Democratic Leadership in Asia*, McMillan, Nueva York, pp. 1-38.
- MAINWARING, S. (1993), “Presidencialismo, Multipartidismo y democracia: la difícil combinación”, *Comparative Political Studies*, 28(2), pp. 198-228.
- MALAMUD, C., y GARCÍA-CALVO ROSELL, C. (2009), “La política exterior de Ecuador: entre los intereses presidenciales y la ideología”, *Boletín Ecuano*, 113, pp. 1-8.
- MANETTO, F. y COSNANTE, S. (2017, 23 de febrero), “Correa asume una segunda vuelta y advierte: ‘Si gana la oposición, tendré que regresar’”, *Diario El País*.
- MEJÍA ACOSTA, A. (2007), “Veto Players, Fickle Institutions, an Low Quality Policies: The Policymaking Process in Ecuador”. En: STEIN, E. y TOMASSI, M. (eds.), *Policymaking in Latin America: How Politics Shapes Policies*, Inter-American Development Bank/ David Rockefeller Center for Latin American Studies, Cambridge, pp. 243-286.
- MEJÍA ACOSTA, A. (2011), “¿Revolución o delegación ciudadana? Democracia, gobierno y rendición de cuentas en el Ecuador”. En: O’DONNELL, G., IAZZETA, O. y QUIROGA, H. (coord.), *Democracia Delegativa*, Prometeo Libros, Buenos Aires, pp. 139-160.
- MONTÚFAR, C. (2000), *El Ecuador: una historia reciente (1984-1998)*, Abya Yala, Quito.
- MORA, E. A. (2007), *Manual de Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito.
- MUÑOZ ERASO, J. (2010), “Gabinetes itinerante, enlaces ciudadanos y consejos comunales”, *Ecuador Debate. ¿La democracia en sus límites?*, 80, pp. 155-178.
- NOHLEN, D. (1991), “Presidencialismo vs Parlamentarismo en América Latina”, *Estudios Políticos (Nueva Época)*, 74, pp. 45-47.
- PACHANO, S. (2003), “El territorio de los partidos. Ecuador, 1979-2002”. En: KORNBLITH, M., ANTONIO MAYORGA, R., PACHANO, S., TANAKA, M., UNGAR BLEIER, E. y ARÉVALO, C. A. (coord.), *Partidos políticos en la Región Andina: entre la crisis y el cambio*, IDEA/Ágora Democrática, Lima, pp. 71-91.
- PACHANO, S. (2010), “Ecuador: El nuevo sistema político en funcionamiento”, *Revista de Ciencia Política*, 30(2), pp. 297 - 317.
- PACHANO, S., y FREINDENBERG, F. (2016), *El sistema político ecuatoriano*, Flacso, Quito.
- PÁSARA, L. (2014), *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, Fundación para el Debido Proceso/Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Quito.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, (2017), *Transición de Gobierno*, Presidencia de la República del Ecuador, Quito.
- RAMÍREZ GALLEGOS, F., y MINTEGUIAGA, A. (2007), “El nuevo tiempo del Estado. La política posneoliberal del correísmo”, *OSAL*, 7(22), pp. 87-103.
- RUBIO, L., y JAIME, E. (2015), *El acertijo de la legitimidad: por una democracia eficaz en un entorno de la legalidad y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- SÁNCHEZ PARGA, J. (2009), “La democracia caudillista en el Ecuador”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 11(22), pp. 186-214.
- SARTORI, G. (1984), *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza Editorial, Madrid.

- SARTORI, G. (1996), *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- SCHMITT, C. (1928), *La Dictadura*, Alianza Editorial, Madrid.
- SENPLADES, Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo (2009), *Plan nacional del Buen Vivir 2009-2013: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural*, SENPLADES, Quito.
- SENPLADES, Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo (2017), *Transición de Gobierno*, SENPLADES, Quito.
- SHUGART, C. (1997), *Presidents and Assemblies Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SKENE, C. (2003), "Authoritarian practices in new democracies", *Journal of Contemporary Asia*, pp. 189-214.
- TOCQUEVILLE, A. (2002), *A Democracy in America*, The Folio Society, Londres.
- TREJO, R. (2004), *Poderes salvajes. Miedocracia sin contrapesos*, Cal y Arena, México, D.F.
- VILLAVICENCIO, L. G. (2010), "Gobiernos seccionales en Ecuador: estatismo y estatalidad en crisis (1998-2009)", *Universitas, Revista de Ciencias Sociales y Humana*, 13, pp. 41-67.

Compendio legislativo y jurisprudencial

- PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA (2015, 14 de agosto), *DECRETO NO. 755, Estado de Excepción por actividad del volcán Cotopaxi*.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (2015, 13 de mayo), N° 005-15-DEE-CC.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (2011, 21 de septiembre), N° 026-11-SEP-CC.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (2016, 9 de marzo), N° 078-16-SEP-CC.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005, 23 de junio), *CASO YATAMA VS. NICARAGUA*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C No. 127.
- ASAMBLEA NACIONAL (2015, 18 de diciembre), *Enmiendas a la Constitución de la República*, Dictamen 001-14-DRC-CC.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007, 4 de julio), *CASO ZAMBRANO VÉLEZ Y OTROS VS. ECUADOR*, Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C No. 166.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (2011, 18 de agosto), N° 005-11-SEP-CC.

Bien común Common good*

Timothy Murphy**

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

Recibido / received: 06/11/2017
Aceptado / accepted: 26/11/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4163>

Resumen

Existen varias concepciones o versiones del concepto de bien común. Este artículo trata de presentar un breve repaso de algunas de las más importantes. Se ofrecen ejemplos del bien común en la “nueva” teoría del derecho natural; en los pensamientos liberal y utilitario; y en los pensamientos comunitario, republicano y hegeliano. Así mismo, se añaden algunos comentarios a modo de conclusión.

Palabras clave

Bien común, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, “nueva” teoría del derecho natural, utilitarismo, liberalismo, comunitarismo, republicanismo, hegelianismo.

Abstract

There are several conceptions or versions of the concept of the common good. This article aims to provide a brief overview of some of the most prominent conceptions. Accounts are offered of the common good in new natural law theory; in liberal and utilitarian thought; and in communitarian, republican, and Hegelian thought. Some commentary is provided in a brief conclusion.

Keywords

The common good, Aristotle, St. Thomas Aquinas, new natural law theory, utilitarianism, liberalism, communitarianism, republicanism, Hegelianism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Nueva teoría del derecho natural y el bien común. 3. El bien común en los pensamientos utilitario y liberal. 4.

* Traducción de Jorge San Vicente Feduchi.

** 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. Agradezco a los dos evaluadores anónimos sus comentarios en el borrador previo de este artículo. También expreso mi gratitud a Jorge San Vicente Feduchi por su traducción clara y cuidadosa de este artículo. El trabajo ha sido posible gracias al apoyo del programa CONEZ de la Universidad Carlos III de Madrid, un programa financiado en parte por el Banco Santander. El programa CONEX también ha sido financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte español (‘CEI-15-17’); por el Ministerio de Economía y Competitividad (‘COFUND2013-40258’); y por Séptimo Programa Marco de Investigación y Desarrollo Tecnológico de la Unión Europea (‘600371’).

El bien común en los pensamientos comunitario, republicano y hegeliano. 5. Conclusión.

1. Introducción

La palabra “común” deriva del latín *communis*, que significa “compartido” o “general”. En el mundo contemporáneo, notable por sus características posmodernas de heterogeneidad, pluralismo y especificidad, puede parecer que cada vez existen menos cosas compartidas o generales y, por tanto, menos de aquello que podemos considerar como común. Esto ocurre particularmente cuando uno piensa en la idea del “bien común”, que alude a los ámbitos normativos éticos y políticos. No obstante, el concepto del bien común sigue despertando un fuerte interés por su carácter polémico y su atractivo retórico. Louis Dupré (1993, p. 687) destaca que sería “difícil encontrar a un teórico político, por muy individualista que sea, que no haya adoptado, en una u otra forma, [una concepción del bien común]”. El significado preciso del concepto es discutido, pero la mayoría de concepciones comparten una interpretación básica del bien común como bien comunal compartido por los individuos que componen una comunidad política. Aunque podamos hablar del bien común de uno y otro grupo, el bien común político o filosófico suele hacer referencia al bien común de un Estado moderno o de una comunidad política similar. En esta línea, este artículo se centrará en filosofías o concepciones del concepto del bien común generales y desde una visión estatal —*viz.* desde la nueva teoría del derecho natural y desde las tradiciones liberal, utilitaria, comunitaria, republicana y hegeliana— en lugar de en otros contextos de grupo a los que pueda aplicarse la idea de bien común.

Las cuestiones relativas al bien común en una comunidad política moderna pueden ser entendidas como versiones más complejas de las relativas a aquello que tiene valor en las vidas de los individuos —la llamada “buena vida” —; pero el bien común no se trata simplemente de una versión comunal del bien individual, sino que su foco se encuentra típicamente en la interrelación entre el individuo y su comunidad. El entendimiento clásico, formulado en la Edad Media de acuerdo con los principios aristotélicos, se refería generalmente a un bien que es a la vez comunal e individual, un bien “adecuado para, y al alcance solo de, una comunidad, aunque individualmente compartido por sus miembros” (Dupré, 1993, p. 687). Las formulaciones medievales del bien común abordaban la interrelación entre el individuo, la comunidad y el bien supremo o “universal”, es decir, Dios. El bien común continúa jugando un papel muy importante en la teología cristiana, particularmente en la teología católica romana desde el Concilio Vaticano II (1962-1965).

La modernidad provocó el reemplazo de la concepción tradicional de la comunidad como un fin en sí mismo por una basada en su función como protectora de los intereses privados de sus miembros. El bien común, particularmente en el pensamiento liberal, pasó entonces a ser asociado con el bienestar colectivo o agregado de actores sociales individuales. En la filosofía política, las concepciones liberales y utilitarias dominantes del bien común confrontan fuertemente con las concepciones comunitarias, republicanas y hegelianas, aunque la lista de versiones actuales del bien común se extiende ampliamente más allá de estas representaciones. Daniel Sulmasy (2001), por ejemplo, sugiere dos versiones del bien común en cada una de cuatro categorías (“común”, “suplantativa”, “agregativa” e “integral”), lo que resulta en una taxonomía compuesta por un total de ocho versiones; Noam Chomsky (2015, pp. 145-151) plantea una versión libertaria del bien común; y Hans Sluga (2014, capítulos 5-7) discute las diferentes concepciones del bien común en los pensamientos de Carl Schmitt, Hannah Arendt y Michel Foucault. Así mismo, algunos han propuesto interpretaciones feministas del bien común (p. ej. DeCrane, 2010), así como otros han tratado de comprender las condiciones necesarias para un

discurso del bien común en una “democracia posmoderna heterogénea” (Geren, 2001).

Existen otras interpretaciones del bien común —la lista de versiones es ciertamente extensa— pero, por consideraciones de espacio, se hace imposible pretender una recolección completa. Este artículo trata simplemente de ofrecer un breve resumen del discurso relativo a este tema dominante en la literatura de habla inglesa. La próxima sección se centrará en la interpretación del bien común en la nueva teoría del derecho natural; la tercera sección presenta la concepción básica del bien común en los pensamientos utilitario y liberal; y la cuarta sección discute el bien común en sus concepciones comunitarias, republicanas y hegelianas. A todo ello sigue una breve conclusión. La designación “común”, como apunta Maximilian Jaede (2017, p. 6), “implica una comunalidad entre todos los individuos que pertenecen a cierto grupo”, y Murphy y Parkey (2016, p. 833) sostienen de manera similar que el bien común tiene “cualidades compartidas y generales”. A pesar de que no hay escasez de concepciones del “bien” en una comunidad política, la dificultad recurrente en las concepciones del bien común es que ninguna de estas alcanza una aprobación o aceptación común —es decir, compartida o general—. Esto continúa siendo el caso, sea el “bien” establecido como un presunto bien común objetivo, o construido mediante disputas públicas electorales o de otro tipo. No obstante, como será brevemente discutido en la conclusión, quizás una concepción mínima del bien común —simplemente, como un estado de orden social pacífico— satisfaga el requerimiento comunal y además sea, de manera intrínseca, valiosa políticamente.

2. Nueva teoría del derecho natural y el bien común

Las raíces aristotélicas del concepto de bien común son ampliamente reconocidas, así como su importante desarrollo durante el periodo medieval (Keys, 2006; Smith, 1999; Kempshall, 1999). Una versión del bien común en esta tradición clásica sostiene que el bien común es, en sí mismo, el hecho de estar en una comunidad de relaciones con otros seres humanos —es decir, pertenecer a una comunidad—. Daniel Sulmasy (2001, p. 307), quien denomina a esta versión el “bien común integral constitutivo”, sugiere que este es “el sentido más tradicional” del bien común, y que es esto “a lo que Aristóteles se refería cuando dijo que los humanos son animales políticos”. Sulmasy (2001, p. 307) observa a su vez que Santo Tomás de Aquino sostenía que “cada hombre o cada uno de nosotros somos parte de una comunidad, pues pertenecemos a la comunidad por virtud de lo que somos. La relación de estar en la comunidad es el valor de [este] bien común”.

Puede parecer que la representación que Sulmasy hace de Aquino sea tautológica, pues el hecho de decir que todos somos “parte de una comunidad” y que “pertenecemos a la comunidad por virtud de lo que somos” parece ser repetitivo. De hecho, lo que Aquino enfatiza, en la tradición aristotélica, es que somos inevitablemente seres comunes. La tradición aristotélica-tomista no es ni monolítica ni homogénea, pero está generalmente sustentada por un entendimiento de los orígenes de la comunidad humana que contrasta marcadamente con el enfoque moderno dominante del contrato social, en el cual la comunidad humana o la sociedad civil son imaginados como una organización establecida por el acuerdo entre individuos presociales. En la tradición aristotélica-tomista, la sociedad civil es un orden espontáneo, un producto de la sociabilidad natural del ser humano. Tanto Aristóteles como Aquino se basan en lo que entienden como un hecho universal: que los seres humanos viven inevitablemente en comunidad y no pueden vivir vidas totalmente solitarias; e incluso si esa opción fuera posible, no la elegirían, pues no serían felices fuera de la comunidad. No obstante, en el pensamiento contemporáneo, el “bien común integral constitutivo”, aunque tiene estas sólidas referencias, tiende a

ser considerado como demasiado cercano a una versión descriptiva del orden comunal humano.

Otra interpretación del pensamiento clásico es la llamada “nueva” teoría del derecho natural, que incluye una versión del bien común que ha venido a ocupar un lugar importante en la teoría social y política católica romana. Todos los elementos clave de la nueva teoría del derecho natural están recogidos en el primero de los volúmenes de la obra de Germain Grisez *The Way of the Lord Jesus* (1983), escrita con el propósito de contribuir a la renovación de la teología católica de después del Concilio Vaticano II. No obstante, la interpretación más conocida es la obra *Natural Law and Natural Right*, escrita por John Finnis en 1980, en la cual este propone una reconstrucción secular de la teoría del Derecho natural de Aquino a través de una teoría de los derechos individuales naturales.

Finnis (1980, p. 34) sostiene que ciertos “bienes básicos” o “ciertas formas de florecimiento humano” son distinguibles por medio de “un simple acto de entendimiento no inferencial [que le permite a uno comprender] que el objeto de [una] inclinación que siente es una muestra de una forma general de bien, para uno mismo (y de otros como uno mismo)”. Según Finnis, existen siete bienes básicos: la vida humana, el conocimiento, la experiencia estética, el juego y la diversión, la sociabilidad y la amistad, la razonabilidad práctica, y la religión. Finnis sostiene que existen ciertos requisitos metodológicos básicos del bien epistémico de racionalidad práctica. Estos requisitos incluyen, por ejemplo, el no tener una preferencia arbitraria entre valores o personas; “un plan de vida coherente”; “seguir la conciencia de cada uno”; “imparcialidad y compromiso”; “la relevancia [limitada] de las consecuencias”; y “los requisitos del bien común” (Finnis, 1980, pp. 100–133). Finnis propone que la conservación de una serie de demandas/derechos humanos no exclusivos o absolutos es un elemento fundamental del bien común, el cual describe como “un conjunto de condiciones que permiten a los miembros de una comunidad alcanzar unos objetivos razonables por sí mismos, o comprender razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por lo que tienen una razón para colaborar entre unos y otros (positiva y/o negativamente) en una comunidad” (Finnis, 1980, p. 155).

En la nueva interpretación del derecho natural, el bien común es esencialmente aquellas condiciones que permiten a los miembros de la sociedad reunirse para que cada individuo pueda beneficiarse de las formas básicas de florecimiento humano. Crowe (2011, p. 301) subraya que en la teoría política del Derecho natural el bien común es entendido como una “realidad en la que [todos los miembros de una comunidad] son capaces de participar en los bienes comunes de diferentes maneras razonables”; aunque esta realidad sea “múltiplemente realizable” —es decir, probablemente existen varias formas potenciales de comunidad que satisfacen esta condición— “es posible, no obstante, evaluar diferentes estructuras comunitarias basándose en hasta qué punto dan efecto a este ideal”. Un miembro de una comunidad dada participa en los bienes comunes cuando uno o varios de estos sean el objeto de sus acciones: “Un agente respeta los bienes cuando se abstiene de actuar de una manera inconsistente con su valor. No es necesario que un agente participe en todos los bienes de igual manera en todo momento [...] pero siempre debe abstenerse de tratarlos como si careciesen de valor intrínseco (Crowe, 2011, p. 300).

Lógicamente, el nuevo enfoque del derecho natural va mucho más allá del “bien común integral constitutivo” descrito anteriormente. En su interpretación, el bien común implica una comunidad en la que existan unas condiciones que permitan —proactivamente— el disfrute mutuo de los bienes básicos. Este tipo de concepción del bien común dice establecer un bien común objetivo y está prominentemente

expresada en la interpretación católica romana oficial del bien común. En *Gadium et Spes* (Concilio Vaticano II, 1965a, p. 26), por ejemplo, el Concilio Vaticano II describía el bien común como “la suma total de condiciones sociales que permiten a las personas, ya sea como grupo o como individuos, alcanzar la realización de la manera más plena y fácil”; y en *Dignitatis Humanae* (Concilio Vaticano II, 1965b, p. 6), como “la suma total de aquellas condiciones de vida social que permiten a las personas alcanzar su medida de perfección más plena con mayor facilidad [y que implica] especialmente salvaguardar los derechos y obligaciones de la persona humana”.

Crowe (2011, p. 299) destaca que entre autores contemporáneos del Derecho natural existe un amplio acuerdo acerca de que los valores identificados por Finnis pertenecen a la lista de bienes básicos, pero señala que existen otros bienes básicos, “defendidos por algunos autores, pero cuestionados o rechazados por otros, [incluyendo] el placer, el bienestar físico y mental, la creatividad, la paz interior, la integración personal, la familia y la excelencia en el trabajo y el ocio”. Sea cual sea la lista precisa, es difícil no considerar cualquiera de las interpretaciones de los bienes básicos en el nuevo derecho natural como interpretaciones razonables de los valores básicos que surgen en la vida social. No obstante, la manera en la que estos bienes son empleados en la teoría más general es más problemática. El foco de la nueva teoría del derecho natural se centra en los derechos naturales, a veces descritos en la tradición como ‘absolutos’ y ‘no exclusivos’, en lugar de en el bien común. Aunque esta teoría se proclama como una visión secular consistente con el constitucionalismo liberal, es común oír la postura de que sus argumentos dependen de un compromiso religioso previo (Bamforth and Richards, 2008). Sea o no sea este el caso, los nuevos teóricos del derecho natural sí que expresan la visión moral conservadora de los papas católicos Juan Pablo II y Benedicto XVI en asuntos como la definición del matrimonio, el comportamiento sexual permisible (especialmente en los derechos de gais y lesbianas), los anticonceptivos y el aborto. El hecho de que estos argumentos dependan de un compromiso religioso previo no quiere decir, por supuesto, que el contenido de estos esté automáticamente sesgado o sea en cualquier sentido una contribución inadmisibles al debate académico o público, pero en el caso del nuevo derecho natural, esto ha tenido un impacto significativo en la manera en la que la teoría general ha sido recibida.

3. El bien común en los pensamientos utilitario y liberal

Las concepciones utilitarias del bien común, originalmente asociadas a Jeremy Bentham y a John Stuart Mill, son enormemente significativas en el discurso liberal del bien común, así como en el discurso del bien común moderno en términos generales. La aproximación de Bentham ([1789] 1996) a la elección ética y política se basaba en la valoración de consecuencias, medidas mediante un “cálculo utilitario” que consistía en dos estándares, “placer” y “dolor”. El principio de utilidad incita a los Gobiernos a perseguir políticas públicas que promuevan la mayor felicidad para el mayor número de personas. Esta es la felicidad agregada neta de una comunidad o, en términos de Bentham, el placer agregado neto. Esta versión del bien común se refiere a una concepción sustantiva y normativa sobre lo que constituye el bienestar general de una comunidad, y por tanto supone un bien concebido como un resultado; la configuración específica del orden social concebido como utilitario se entiende como un objetivo o meta común a todos. El concepto de bien común suele ser interpretado en términos utilitarios, “especialmente entre economistas y expertos en políticas públicas sumergidos en formas de análisis de costes y beneficios” (Sulmasy, 2001, p. 304).

Una cuestión clave es cómo medir la utilidad de manera objetiva, no solo cuantitativamente si también cualitativamente. ¿Cómo puede uno determinar que un resultado o configuración previsto constituya en efecto el mayor bienestar general

posible para una comunidad? El enfoque utilitario moderno se basa en la idea de que los deseos de un individuo, tomados como hechos psicológicos sobre los individuos y como motivo de las acciones (Norman, 1971), pueden ser empíricamente determinados y ordenados coherentemente. La objeción del sistema de ideas de Hegel enfatizaba que una consideración de los deseos individuales y un cálculo de medios posibles para su satisfacción “no produce reglas de racionalidad de cuya consideración pudiéramos deducir una política que podría considerarse significativamente de interés común” (Walton, 1983, p. 757). Incluso si se demostrase que las preferencias individuales pueden ser ordenadas coherentemente y relacionadas a las preferencias de otros, ello no sería suficiente para establecer unos motivos para satisfacerlas de ninguna manera específica; en efecto, en la aproximación hegeliana, “se deduce, a partir de argumentos utilitarios, que en principio cualquier conjunto de preferencias es admisible y, por lógica, también lo es cualquier conjunto de relaciones sociales e institucionales” (Walton, 1983, p. 759).

El concepto del bien común utilitario agregativo está fuertemente cuestionado y es por tanto variable. Múltiples propuestas del bien común, acarreado cada cual diferentes distribuciones de la suma de satisfacciones, podrían considerarse como modelos de formas agregativas del bienestar colectivo. Dado que cada propuesta pretende invalidar la diversidad de perspectivas comunales sobre cómo concebir las cuestiones que afectan a los intereses, preferencias y valores, Murphy y Parkey (2016, pp. 831–832) observan que, cuando un “bien común” utilitario es impuesto, varios individuos son invariablemente “forzados a aceptar la visión normativa de aquellos que tienen el poder político en la comunidad y que por tanto deciden cómo se distribuirá la suma de satisfacciones entre individuos”.

Mark Murphy (2006) enfatiza la importancia de la argumentación agregativa para establecer las consecuencias de bienestar utilitario. Esta argumentación sostiene que, si uno toma el bien de un individuo como razón para la acción, “el principio de no arbitrariedad obliga a su vez a aceptar los bienes de otro como razones para la acción y, por tanto, el conjunto de bienes de todas las personas como objeto fundamental del interés práctico” (Murphy, 2006, p. 81). Rawls (1971, p. 26) observa que la característica más llamativa de la visión utilitaria es que no importa, al menos de forma directa, cómo se distribuya la suma de satisfacciones entre individuos; la distribución más apropiada es simplemente la que produce la mayor satisfacción: “Por tanto no hay razón de principio por la que las mayores ganancias de unos no compensen las pérdidas menores de otros; o, es más, por la que la violación de la libertad de unos pocos no sea subsanada por el bien mayor compartido por muchos”. En el enfoque utilitario del bien común, el bien de varios individuos puede ser finalmente desechado en el cálculo agregativo.

No obstante, el utilitarismo de Bentham y Mill ha influido fuertemente en las concepciones sustantivas del bien común en la de tradición liberal política. Lutz (1999, p. 5) describe el bien común del liberalismo clásico individualista como la “agregación de individuos en interacción constante, cada uno impulsado por un firme interés personal” de tal manera que pretende beneficiar a la sociedad en general; y Downing y Thigpen (1993, p. 1051; cf. Sluga, 2014, p. 79) sugieren que el bien común liberal puede ser entendido “en términos generales como el bien para todos. Beneficia a la sociedad en conjunto, generalmente mejorando la vida de las personas”. Estas interpretaciones más bien utilitarias no son demasiado específicas, y de hecho el contenido del bien común liberal, sea declaradamente utilitario o no, está sujeto a un debate dialéctico en curso. No hay una única visión legítima del bien común en una sociedad liberal, sino que su significado es determinado mediante procesos políticos democráticos, y las políticas necesarias para su implementación son en última instancia “definidas y ejecutadas políticamente” (Downing and Thigpen, 1993, p.

1052). En las democracias liberales los votantes deben elegir regularmente entre distintos resultados “utilitarios” previstos, así como otras alternativas no utilitarias que también dicen ser, al menos hasta cierto punto, “el bien general” y garantizar “el beneficio de la sociedad en su conjunto”. Sin embargo, en muchos sectores existe poco optimismo sobre el papel de los procesos democráticos en la política del bien común. Alasdair MacIntyre (1998, p. 239), por ejemplo, sugiere que el ideal de una política participativa de deliberación solo puede llevarse a cabo en comunidades de pequeña escala y en condiciones de igualdad económica relativa y de concepciones culturales compartidas, pero en las sociedades pluralistas y estratificadas actuales “no queda ningún lugar para una política del bien común”.

El principal problema con la noción de que el bien común es una configuración específica del orden social a la que debemos aspirar, sea esta conocida de antemano o tan solo de forma heurística, es que no es plausible concebir un objetivo o fin verdaderamente común, compartido y general. Como observan Barden y Murphy (2010, p. 29), no existe un desenlace o configuración social que sea en sí mismo un objetivo o una meta común, y tampoco puede el bien común referirse plausiblemente a nada que se asemeje al bien de la mayoría o de cualquier porción del pueblo, sea este calculado de manera utilitaria o de otra forma. De las versiones liberales no utilitarias del bien común, la versión que encontramos en la teoría deontológica de la justicia de Rawls, a pesar de que ocupa un lugar relativamente periférico en esta, es el ejemplo más importante. Rawls (1971, pp. 233, 246) no concibe el bien común exclusivamente en términos de un resultado social, sino que lo define como aquellas “condiciones y... objetivos que van similarmente en beneficio de todos”, y como “ciertas condiciones generales que, de manera apropiada, actúan equitativamente en beneficio de todos”. Como era mencionado en la segunda sección, existe una similitud formal entre la concepción de Rawls y la nueva concepción del derecho natural, pero las condiciones y objetivos en la teoría de Rawls suponen unos derechos y obligaciones que pueden no concordar (y normalmente no lo hacen) con los derechos y obligaciones típicamente asociados a la nueva teoría del derecho natural.

4. El bien común en los pensamientos comunitario, republicano y hegeliano

La teoría de la justicia de Rawls fue el foco de la mayoría de los debates que se tuvieron posteriormente sobre la justicia y cualquier tema relacionado con esta en la filosofía política. Teóricos comunitaristas como Michael Sandel (1982) y Michael Walzer (1983) ofrecieron enfoques alternativos, como también lo hicieron éticos de la virtud casi comunitaristas como Alasdair MacIntyre (1998). Una teoría de la ética de la virtud incluye necesariamente una interpretación del propósito o *telos* de la vida humana, y para Aristóteles, padre de esta tradición, el fin supremo de la asociación política es el cultivo de la virtud de los ciudadanos. Sandel (2009) sugiere que los argumentos relativos a la virtud de la justicia son, inevitablemente, argumentos sobre la buena vida, y formula su teoría de la justicia en términos de un conjunto de temas sobre una “nueva política del bien común (Sandel, 2009, p. 263).

El primero de estos temas se refiere a la cultivación de “una preocupación por el pueblo, una dedicación al bien común” en los ciudadanos; Sandel califica positivamente el esquema por el cual los estudiantes reciben ayuda a través del pago de las tasas universitarias a cambio de horas de servicio público, y se inclina a favor de “propuestas más ambiciosas en favor del servicio nacional obligatorio” (2009, p. 264). Otro de los temas mencionados por Sandel se centra en los problemas relativos a la “mercantilización” de las prácticas sociales, como ocurre con las empresas carceleras con ánimo de lucro o las propuestas para la venta de la ciudadanía; estas, dice Sandel (2009, p. 265; cf. Sandel, 2012), “pueden corromper o degradar las normas que los definen” y por tanto debemos preguntar “qué normas no comerciales queremos proteger de la intrusión del mercado”. También plantea el tema de la

“desigualdad, solidaridad y la virtud cívica”, y sostiene que centrarse en las consecuencias cívicas de la desigualdad, y en las maneras de revertirlas, “puede encontrar la tracción política que no encuentran los argumentos acerca de la distribución de la renta como tal” (2009, pp. 267-268). Finalmente, Sandel (2009, pp. 268-269) propone una “política de compromiso moral”, implicando un “compromiso público más robusto con nuestros desacuerdos morales” en la tarea de proveer una base fuerte de respeto mutuo; sostiene que no hay garantía de que la deliberación pública sobre cuestiones morales lleve, en ningún caso, a un entendimiento o ni siquiera a una apreciación por las posiciones morales y religiosas del otro, pero que una política de compromiso moral es un ideal inspirador para el bien común y un cimiento firme para una sociedad justa.

El enfoque de Sandel contiene fuertes elementos patrióticos y emocionales, observables, por ejemplo, en su referencia a la memoria de Robert Kennedy y al espíritu de la campaña presidencial de Barack Obama al presentar su argumento central sobre el bien común, así como en su propuesta de que una forma de servicio nacional obligatorio sustituya a la escuela pública y al ejército como “lugar de una educación cívica” que cultivase la “dedicación” al bien común (2009, pp. 263-264). De hecho, las tesis de Sandel sobre la justicia y el bien común, basadas en el argumento comunitarista de que los valores y los estándares se sustentan sobre y nacen de formas específicas de vida y tradición comunal, están construidas en y para la *polis* específica que son los Estados Unidos, y son, hasta cierto punto al menos, etnocéntricas (cf. Murphy, 2011). Tal aproximación no puede pretender recabar apoyo y aprobación generalizados en EE. UU., y aún menos a nivel conceptual.

Otros comunitaristas han tratado de rechazar el comunalismo y etnocentrismo en cualquiera de sus formas y han optado en cambio por defender el compromiso constructivo con debates intercomunales y transnacionales sobre la justicia y el bien común. Charles Taylor (1999), por ejemplo, proponía, en el debate sobre las diferencias culturales y los derechos humanos, un diálogo transcultural entre representantes de diferentes tradiciones que permitiría a los participantes a aprender del “universo moral” del otro. Este enfoque resalta un tema emergente en el discurso del bien común: la idea de un “bien común global” (ver, p. ej., Cahill, 2005; UNESCO, 2015).

Otra tradición en la cual el concepto del bien común tiene un lugar prominente es la tradición del pensamiento político republicano. El republicanismo clásico se remonta a las ideas políticas de la república de Roma (509-280 a. C.), resucitadas en las ciudades-estado italianas de la Edad Media y el Renacimiento, y que después influyeron, por ejemplo, en los revolucionarios ingleses del siglo diecisiete o en los revolucionarios americanos, franceses e irlandeses del siglo dieciocho. La noción central de la filosofía republicana romana era que la mejor forma de gobierno será una que mezcle las tres tipologías clásicas de monarquía, aristocracia y democracia, aunque con una fuerte preferencia por las dos últimas. La idea detrás de mezclar diferentes concepciones de gobierno, sostiene Martin Loughlin (2006, p. 427), es que así “se preservan las virtudes singulares de cada tipo, se minimizan sus vicios correlativos y se promueve el bien común”.

Esta tradición volvió a resurgir en la escuela del “republicanismo cívico” a finales del siglo veinte, en la cual el buen gobierno dependía de la capacidad de los líderes cívicos de dejar a un lado sus intereses personales y de servir al bien común. La concepción republicana del bien común está diseñada, en palabras de Philip Pettit (2004, p. 150), para servir el ideal republicano “de promover la libertad como el no dominio de los miembros del pueblo por parte de los amos privados”; aunque el Estado pueda interferir con los ciudadanos “en el camino de supervisar el bien

común”, la interferencia no debe ser “de una variedad dominante”. Pettit (2004, p. 169) sugiere que la manera más plausible de construir un bien común es identificarlo “con el interés común que tienen las personas como ciudadanos [en lugar de] con los intereses confesos netos que tienen en común”; sostiene que estos intereses públicos deberían ser identificados con aquellas prácticas y políticas que “mediante criterios públicamente admisibles responden mejor que [otras] alternativas viables a consideraciones públicamente admisibles”; y concluye que las instituciones de una democracia contestataria electoral mantienen la perspectiva de que el interés público, así concebido, “puede gobernar en la vida política de una sociedad”. Esta vía de razonamiento tiende a chocar con las objeciones observadas por pensadores como MacIntyre (1998, p. 239) acerca de cómo el pluralismo social y la estratificación constituyen bloqueos al bien común democrático. En el pensamiento republicano, mucho depende de la interpretación que uno haga de cuestiones como “la libertad como no dominación” o “criterios públicamente admisibles”, y en sociedades modernas pluralistas y estratificadas, la impugnación de estas cuestiones es contraria a cualquier consenso sustantivo sobre el bien común republicano.

Por su parte, la concepción hegeliana del bien común ya ha sido mencionada en la discusión acerca de las concepciones utilitarias del bien común en la tercera sección. Como decíamos, la aproximación utilitaria moderna se basa en la idea de que los deseos individuales pueden ser determinados empíricamente y ordenados coherentemente, una posición que entra en conflicto con la aproximación hegeliana. Sulmasy (2001, p. 306) observa que la concepción hegeliana del bien común deriva de la idea propuesta por Hegel de que los intereses de los individuos de un Estado “son sintética y sistemáticamente subsumidos al Estado”; esto es cierto hasta cierto punto, pero la observación de Sulmasy de que el Estado hegeliano está invariablemente en peligro “de colapsar [en el] totalitarismo” es algo engañosa. La filosofía idealista de Hegel es comúnmente asociada a doctrinas totalitarias debido, por un lado, a su supuesto apoyo a la monarquía autoritaria prusiana (Popper, 1945; Kaufmann, 1970) y, por otro, a la habitual mala interpretación de que para Hegel el Estado suplanta en *todos* los casos al interés individual. No obstante, la asociación del hegelianismo con el totalitarismo ignora la complejidad del pensamiento de Hegel, así como el desarrollo filosófico moderno de su idealismo; a pesar de que esta complejidad y desarrollo no puede ser discutido aquí en su totalidad, podemos presentar algunos de los puntos más relevantes del bien común hegeliano.

Hegel sostenía que la realización humana “conciene al desarrollo de formas de actividad que constituyan la individualidad, distinción e identidad personal del hombre” (Walton, 1983, p. 754), y creía que las comunidades poseían una autoimagen dominante que se materializa en una estructura particular de valores y normas. Para Hegel, una comunidad en la que existe una vida ética extendida y coherente es una comunidad que reconoce el valor de la cooperación y la armonía social y en la cual los individuos pueden identificarse con unos valores y normas compartidos. El concepto de bien común de Hegel consiste en unos valores sociales determinados racionalmente que otorgan coherencia a diferentes intereses individuales: “El bien común en una situación particular es esa forma de proceder que materializa las normas y valores de la vida ética. El contenido sustantivo del bien común, por tanto, se encuentra en los valores particulares de una sociedad (Walton, 1983, pp. 760-761).

El bien común hegeliano implica que la “interdependencia socializada” sea “preservada y protegida de las distorsiones y perversiones de los intereses y fuerzas privadas y particulares” (Thompson, 2013, pp. 67-68). En este sentido, una de las formas más importantes en las que el Estado moderno promueve el bien común es proporcionando un marco institucional para la toma de decisiones en comunidad (Hardimon, 1994, p. 210). La preocupación por una libertad personal “concreta”

expresada en *Filosofía del Derecho* (Hegel, [1821] (1991), par. 260) implica una concepción de la sociedad civil en la que la libertad privada de sus miembros se desarrolla lógicamente en “el tipo de ciudadanía que se dedica al bien común” (Wallace, 1999, pp. 419-420). La noción dialéctica del espíritu cívico de Hegel implica a “individuos [conscientes] de que el bien común también representa sus propios intereses” (Münkler and Fischer, 2002, p. 421).

Los problemas relativos a la perspectiva hegeliana surgen del supuesto acto de compartir valores y normas en un contexto ideal de cooperación y armonía social. Walton (1983, p. 767) observa que no está del todo claro cómo la sociedad moderna podría adaptarse al tipo de coherencia entre el individuo y la comunidad que Hegel contemplaba: “Las disputas ideológicas que generan diferentes autoimágenes y concepciones de una sociedad son de una importancia particular... [M]uchas... de las políticas emprendidas, si no todas, o bien expresan una imagen o ideología particular o bien serán un compromiso entre dos o más”. En ningún caso puede decirse que el individuo se encuentra en una relación de coherencia total con la comunidad, pues su autoimagen y sus predilecciones ideológicas no se ven reflejadas en las decisiones tomadas por esta; y si el individuo llega a concordar con una o varias decisiones, existirá una falta de coherencia entre el individuo y todos los demás miembros de la comunidad, pues muchos encontrarán las decisiones tomadas objetables o incompatibles. Para resumir, si uno no está en línea con la imagen o ideología expresada en el bien común hegeliano, se encontrará excluido de este. El bien común en el pensamiento hegeliano —como en sus versiones comunitaria y republicana— incluye una interpretación poderosa del bien, pero no puede considerarse verdaderamente común.

5. Conclusión

La discusión en torno al bien común tiene como foco la interrelación entre el individuo y la comunidad. La interpretación clásica de un bien común como “particular a la comunidad y alcanzable solo por esta, pero compartido de manera individual por todos sus miembros” (Dupré, 1993, p. 687) aún capta la esencia del concepto. Este artículo comenzó reconociendo la existencia de un rango muy amplio de versiones del bien común, procediendo a un breve repaso de sus interpretaciones en la nueva teoría del derecho natural; en los pensamientos utilitario y liberal; y en las tradiciones comunitaria, republicana y hegeliana. Como se ha destacado, el discurso sobre el bien común incluye ahora la discusión sobre un “bien común global”, a lo que se añade un conjunto creciente de estudios comparativos sobre la materia (ver, p. ej., Lo y Solomon, 2014; cf. Salvatore y Eickelrnan, 2004; Murphy 2017).

También debemos destacar que el concepto del bien común ha ganado una particular importancia en el discurso sobre la justicia transicional. Jan Pospisil (2017, p. 1) observa cómo, históricamente, las transiciones desde conflictos violentos siempre han estado vinculadas a cuestiones relacionadas con el bien común, por lo que se ha desarrollado un “lenguaje compartido” acerca del concepto en disciplinas como los estudios de conflicto, de paz o del desarrollo y en la ciencia política y del Derecho. Esto incluye las investigaciones que tratan de comprender la relación de acuerdos políticos excluyentes con el conflicto, así como las razones y los medios a través de los cuales se puede hacer un acuerdo más inclusivo (ver Molloy, 2017).

La dificultad recurrente en estas concepciones del bien común —sea el bien establecido como un presunto bien común objetivo, o construido mediante disputas públicas electorales o de otro tipo— es que no han alcanzado una aprobación o aceptación “común” o universal. En la nueva teoría del derecho natural, las condiciones que supuestamente constituyen el bien común, así como otros aspectos de la teoría de los bienes básicos, son objeto de discusión y comúnmente percibidas

como dependientes de un compromiso religioso previo; cuando el bien común es concebido como un resultado o una meta —como en el caso más obvio de las teorías agregativas del bien común—, dicho resultado nunca es enteramente general o compartido; y si la visión compartida de la buena vida es buscada a través de una política participativa deliberativa, no existe un consenso sustantivo sobre el bien común en las sociedades pluralistas modernas. De igual manera, tampoco puede existir un tipo de comunidad hegeliana en la cual la cooperación social se anteponga siempre a la variedad de autoimágenes y concepciones radicalmente diversas que existen en cualquier sociedad.

Jaede (2017, p. 10) hace referencia al argumento de Chantal Mouffe (1999) en el que establece que la razón por la cual el ideal de la democracia deliberativa no puede llegar a ser materializado es que este no llega a tener en cuenta la naturaleza conflictiva de la política, por lo que el bien común siempre será desafiado y será parte de una lucha por el poder político. En la teoría de Mouffe (1999, p. 756), “todo consenso existe como un resultado temporal de una hegemonía provisional, como una estabilización del poder, y...siempre conllevará alguna forma de exclusión”. Muchos pensadores han llegado a aceptar la idea de que una serie de acuerdos temporales mutuos, a diferencia de algún tipo de bien común sustantivo estable, es todo a lo que podemos aspirar. Hans Sluga, por ejemplo, ha sostenido que la política es “una búsqueda continua en la cual varias concepciones del bien serán propuestas y desechadas” (2014, p. 4). Por su parte, Pospisil (2017, p. 1) sostiene que la cuestión del bien común es “dependiente del proceso” en el sentido de que está “fundamentalmente ligada al proceso de búsqueda y negociación del mismo”.

Pero quizás sea la condición básica de la existencia de paz —que obviamente requiere una mayor elaboración y aplicación en la práctica— la que pueda satisfacer el requerimiento de homogeneidad y tener un valor intrínseco para cualquier comunidad política. Murphy y Parkey (2016; cf. Murphy, 2017) se han referido a la idea aristotélica-tomista del bien común como la simple *ausencia* de conflicto, contienda o guerra —es decir, como una estructura que permite a las personas perseguir en comunidad sus objetivos individuales y colectivos—. Parece plausible sugerir que el estado de existencia paz y orden representa una condición de partida para el bien sobre la que existe un acuerdo social general o compartido. Este acuerdo no requiere de un nivel de cooperación social o coherencia que implique que todos los individuos deban superar cualquier diferencia ideológica con el objetivo de identificar unos valores y normas comunes. Requiere tan solo de una cooperación para constituir y compartir un estado de existencia de paz y orden de beneficio mutuo.

El debate y la discusión sobre lo que concierne en la práctica la “paz” y el “orden social pacífico” siempre estará presente. Pero en la concepción estructural del bien común, el orden pacífico es aquello que, normativamente, *deberá* ser perseguido de manera continua, pues es de hecho el fin o la meta que es perseguido por las comunidades humanas de manera continua. En la epistemología aristotélica-tomista, el “deber” de la acción humana —aquello que, normativamente, debemos hacer— se encuentra en el “ser” (o los hechos) de la existencia y la naturaleza humana. En esta tradición, “nuestras concepciones fundamentales de qué significa razonar y actuar presuponen los primeros principios del razonamiento especulativo y práctico” (Porter, 2016, p. 267; cf. Murphy, 2012, pp. 196-206; Murphy, 2004). Esto nos devuelve, en términos sustantivos, a la idea de que el hecho de pertenecer a una comunidad de relaciones con otros seres humanos es el bien común en sí mismo. En este sentido, recuperamos las palabras de Sulmasy (2001, p. 307), que se refiere a esta versión como el bien común integral constitutivo. En el pensamiento contemporáneo, esta tiende a ser vista como demasiado próxima a una interpretación descriptiva del orden comunal humano; pero cuando las personas son consideradas como animales

naturalmente sociales —que por necesidad existen en comunidad, la cual debe ser, por razones de supervivencia, pacífica—, entonces el “bien común integral constitutivo” se acerca a la concepción del marco.

La concepción estructural del bien común también está presente en la obra de Thomas Hobbes. Aunque la sociedad natural y pre-civil imaginada en la teoría de Hobbes no sea parte del pensamiento de Aquino, el concepto de sociedad civil del primero es cercano al del segundo en varias formas (Barden y Murphy, 2007; 2010, cap. 2). La inquietud general de Hobbes se pregunta por lo que sería necesario en el caso de que las personas viviesen en una comunidad que no estuviera en un permanente estado de guerra, “donde todo hombre es un Enemigo de todo hombre” (*Leviatán*, [1651] (1968), p. 186). La respuesta a dicha pregunta es la paz social: “...la primera y más fundamental Ley Natural... es *buscar la Paz, y mantenerla*” (*Leviatán*, p. 190). Esta ley natural fundamental se descubre como necesaria para el orden social de cualquier grupo de humanos viviendo en comunidad; y es de esta ley de la que todas las demás emanan. Hobbes sugiere que lo que empujó a las personas a elegir el orden pacífico fue “el Temor a la Muerte; el Deseo de aquellas cosas que son necesarias para una vida confortable; y una Esperanza de obtenerlas por sus propios medios” (*Leviathan*, p. 188). Desde esta perspectiva, el deseo por aquello que permite una buena vida (“vida confortable”) y la esperanza de poder vivirla son el deseo y la esperanza por el bien común. Como Aquino, Hobbes no asume erróneamente lo que los hombres deber hacer desde los hechos; la estructura de su argumento es que, si la paz quiere ser mantenida, esto es lo que debe hacerse. Hobbes piensa que sus lectores, dada la experiencia histórica de vida comunal, compartirán su convicción de que un estado de paz es preferible a un estado de guerra permanente; obviamente, alguien que no comparta esta convicción no va a ser persuadido.

Cuando el bien común es entendido como un mero marco de existencia de paz, y por lo tanto vaciado de todo contenido excepto de un contenido normativo mínimo, puede parecer que se deja la puerta abierta a posibles amenazas. Por ejemplo, un régimen autoritario que mantenga un orden social pacífico a través de medidas represivas, ¿no podría defender sus acciones en nombre del bien común? En primera instancia, podría decirse que, aunque un régimen autoritario pueda llegar a proteger el bien común en el corto plazo, las medidas autoritarias tienden, por definición, a violar las normas y derechos comunes y, por tanto, a amenazar la misma paz que ha mantenido temporalmente. Porter (2016) puso en cuestión el argumento de que las comunidades pueden justificar cualquier acción necesaria para su conservación, sea en nombre del bien común o de cualquier otra idea, colocando las líneas rojas en la tortura, la esclavitud y el genocidio. Dentro del marco del bien común, cada individuo disfruta de ciertos derechos sobre otros individuos y sobre la misma comunidad, “algunos de los cuales tan solo se pueden abandonar a través de su propia transgresión, y otros que no pueden nunca ser abandonados” (Porter, 2016, p. 266).

Otro posible contraargumento a la concepción estructural sugiere que esta cierra la puerta a una línea de argumentación previamente viable para aquellos que, en cualquier contexto político, defendieran una reforma necesaria en el interés del bien común. No obstante, las propuestas de reforma (y cualquier otro tipo de propuesta que conlleve un cambio) siempre podrán estar justificadas, muchas veces de manera más coherente, por argumentos más sólidos y específicos que por ideas generales como el bien común. En efecto, quizás una posible lección sea que las expectativas sobre el concepto del bien común, como concepto, deben ser reducidas. Liam Murphy (2014, p. 69) defiende que, en la filosofía, muchos de los desacuerdos persistentes en torno a la “justicia” y la “democracia” son en cierto sentido superficiales, “porque todas las partes pueden ponerse de acuerdo en replantear el

debate en unos términos más fundamentales”, es decir, discutiendo valores estrechamente relacionados. Mientras, Murphy sugiere que es importante poder determinar el contenido de una “ley” en vigor debido a la obligación de obedecer la ley impuesta sobre un alto oficial del Estado. Pero muchas de las cuestiones político-filosóficas en torno al bien común, como estos desacuerdos sobre la justicia y la democracia, pueden ser discutidas en términos de preguntas relacionadas (de hecho, esto es lo que se requiere y se practica en contextos de justicia transicional o de otro tipo). Por ejemplo, aquello que es justo en una situación particular, en cualquier contexto normativo, debe ser revelado a través de una investigación responsable y razonable de la situación en el contexto de los valores y leyes de la comunidad jurídica en cuestión. Rara vez es esto una tarea fácil, y en toda sociedad habrá siempre algunos miembros que encuentren objetable e incompatible una decisión relativa a la justicia y los derechos; no obstante, queda claro que siempre será mejor si estas cuestiones surgen en un contexto de paz y orden o, poniéndolo en otros términos, en el contexto del bien común.

Bibliografía

- AQUINO, Santo Tomás (1964-1976), *Summa Theologiae (60 volumes)*, trans. Blackfriars, Eyre and Spottiswoode, Londres.
- BAMFORTH, N. y RICHARDS, D.A.J. (2008), *Patriarchal Religion, Sexuality, and Gender: A Critique of New Natural Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BARDEN, G. y MURPHY, T. (2007), “Law’s Function in Leviathan and De Cive—A Re-Appraisal of the Jurisprudence of Thomas Hobbes”, *Dublin University Law Journal*, vol. 29, pp. 231-259.
- BARDEN, G. y MURPHY, T. (2010), *Law and Justice in Community*, Oxford University Press, Oxford.
- BENTHAM, J. [1789] (1996), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (ed. de BURNS, J.H. y HART, H.L.A.), Clarendon Press, Oxford.
- CAHILL, L.S. (2005), “Globalisation and the Common Good”. En: COLEMAN, J.A. y RYAN, W.F. (eds), *Globalization and Catholic Social Thought: Present Crisis, Future Hope*, Novalis, St. Paul University, Ottawa.
- CHOMSKY, N. (2015), *Because We Say So*, Hamish Hamilton, New York.
- CROWE, J. (2011), “Natural Law beyond Finnis”, *Jurisprudence*, vol. 2, núm. 2, pp. 293-308.
- DECRANE, S. (2010), *Aquinas, Feminism, and the Common Good*, Georgetown University Press, Georgetown, Washington D.C.
- DOWNING, L.A. y THIGPEN, R.B. (1993), “Virtue and the Common Good in Liberal Theory”, *The Journal of Politics*, vol. 55, núm. 4, pp. 1046-1059.
- DUPRÉ, L. (1993), “The Common Good and the Open Society”, *The Review of Politics*, vol. 55, núm. 4, pp. 687-712.
- FINNIS, J.M. (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford.
- GEREN, P.R. (2001), “Public Discourse: Creating the Conditions for Dialogue concerning the Common Good in a Postmodern Heterogeneous Democracy”, *Studies in Philosophy and Education*, vol. 20, núm. 3, pp. 191-199.
- GRIZEZ, G. (1983), *The Way of the Lord Jesus (Vol. 1): Christian Moral Principles*, Franciscan Herald Press, Chicago, IL.
- HARDIMON, M.O. (1994), *Hegel’s Social Philosophy: The Project of Reconciliation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HEGEL, G.W.F. [1821] (1991), *Philosophy of Right* (trad. de NISBET, H.B.), Cambridge University Press, Cambridge.
- HOBBS, T. [1651] (1968), *Leviathan* (ed. de MACPHERSON, C.B.), Penguin, Harmondsworth.
- HOLLENBACH, D. (2002), *The Common Good and Christian Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge.

- JAEDE, M. (2017), "The Concept of the Common Good", Working Paper for British Academy project on "Negotiating Inclusion in Times of Transition", British Academy, Londres. Disponible en: <https://www.britac.ac.uk/sites/default/files/Jaede.pdf> [última consulta: 24/02/2018]
- KAUFMANN, W. (ed.) (1970), *Hegel's Political Philosophy*, Lieber-Atherton, Nueva York.
- KEMPSHALL, M.S. (1999), *The Common Good in Late Medieval Political Thought*, Oxford University Press, Oxford.
- KEYS, M.M. (2006), *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LO, P.-C. y SOLOMON, D. (eds.) (2014), *The Common Good: Chinese and American Perspectives*, Springer, Dordrecht.
- LOUGHLIN, M. (2006), "Toward a Republican Revival?", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 2, pp. 425-437.
- LUTZ, M.A. (1999), *Economics for the Common Good*, Routledge, Londres.
- MACINTYRE, A. (1998), "Politics, Philosophy and the Common Good". En KNIGHT K. (ed), *The MacIntyre Reader*, Polity Press, Cambridge, pp. 235-252.
- MOLLOY, S. (2017), "Justice, Rights and Equality: In Search of the Common Good in an Era of Transition", Working Paper for British Academy project on "Negotiating Inclusion in Times of Transition", British Academy, Londres. Disponible en: <https://www.britac.ac.uk/sites/default/files/Molloy.pdf> [última consulta: 24/02/2018]
- MOUFFE, C. (1999), "Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?", *Social Research*, vol. 66, núm. 3, pp. 745-758.
- MÜNKLER, H. y FISCHER, K. (2002), "Common Good and Civic Spirit in the Welfare State: Problems of Societal Self-description", *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 4, pp. 416-438.
- MURPHY, L. (2014), *What Makes Law: An Introduction to the Philosophy of Law*, Cambridge University Press, Nueva York.
- MURPHY, M.C. (2006), *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MURPHY, T. (2004), "St. Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition", in MURPHY, T. (ed), *Western Jurisprudence*, Thomson Round Hall, Dublín, pp. 94-125.
- MURPHY, T. (2011), "Ethics, Politics, and Types of Justice", 2(1) *Transnational Legal Theory*, vol. 2, núm. 1, pp. 135-143.
- MURPHY, T. (2012), "Living Law, Normative Pluralism, and Analytic Jurisprudence", *Jurisprudence*, vol. 3, núm. 1, pp. 177-210.
- MURPHY, T. (2017), "Justice and the Common Good in Dispute Resolution Discourse in the United States and the People's Republic of China", *Law and Development Review*, vol. 10, núm. 2, pp. 305-339.
- MURPHY, T. y PARKEY, J. (2016), "An Economic Analysis of the Philosophical Common Good", *International Journal of Social Economics*, vol. 43, núm. 8, pp. 823-840.
- NORMAN, R. (1971), *Reasons for Actions*, Basil Blackwell, Oxford.
- PETTIT, P. (2004), "The Common Good". En: DOWDING, K., GOODIN, R.E. y PATEMAN, C. (eds.), *Justice and Democracy: Essays for Brian Barry*, Cambridge University Press, Nueva York, pp. 150-169.
- POPPER, K. (1945), *The Open Society and Its Enemies (Vol. 2): The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath*, Routledge & Kegan Paul, Londres.
- PORTER, J. (2016), *Justice as a Virtue: A Thomistic Perspective*, Eerdmans, Grand Rapids, MI.
- POSPISIL, J. (2017), "Pathways to Post-Liberal Peace: Perspectives on the 'Common Good' in Peace and Statebuilding", Working Paper for British Academy project on "Negotiating Inclusion in Times of Transition", British Academy, Londres. Disponible en: <https://www.britac.ac.uk/sites/default/files/Pospisil.pdf> [última

consulta: 24/02/2018]

- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- RIORDAN, P. (1996), *A Politics of the Common Good*, Institute of Public Administration, Dublín.
- SALVATORE, A. y EICKELRNAN, D.F. (eds) (2004), *Public Islam and the Common Good*, Brill, Leiden.
- 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 and Giroux, Nueva York.
- SANDEL, M.J. (2012), *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York.
- SECOND VATICAN COUNCIL (1965a), *Gaudium et Spes* (Pastoral Constitution on the Church in the Modern World), Vatican Publishing House, Holy See.
- SECOND VATICAN COUNCIL (1965b), *Dignitatis Humanae* (Declaration on Religious Freedom), Vatican Publishing House, Holy See.
- SLUGA, H. (2014), *Politics and the Search for the Common Good*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SMITH, T.W. (1999), "Aristotle on the Conditions for and Limits of the Common Good", *American Political Science Review*, vol. 93, núm. 3, pp. 625-637.
- SULMASY, D.P. (2001), "Four Basic Notions of the Common Good", *St. John's Law Review*, vol. 75, núm. 2, pp. 303-311.
- TAYLOR, C. (1999), "Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights". En: BAUER, J.R. and BELL, D. (eds), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.
- THOMPSON, M.J. (2013), "Hegel's Anti-capitalist State", *Discusiones Filosóficas*, vol. 14, núm. 22, pp. 43-72.
- UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) (2015), *Rethinking Education: Towards a global common good?*, UNESCO, París.
- WALLACE, R.P. (1999), "How Hegel Reconciles Private Freedom with Citizenship", *Journal of Political Philosophy*, Vol. 7, No. 4, pp. 419-433.
- WALTON, A.S. (1983), "Hegel, Utilitarianism, and the Common Good", *Ethics*, vol. 93, núm. 4, pp. 753-771.
- WALZER, M. (1983), *Spheres of Justice*, Basic Books, Nueva York.

Colonialidad (jurídica) (Legal) coloniality

Pedro Garzón López
 Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca
garzonpedro27@hotmail.com

Recibido / received: 25/02/2018
 Aceptado / accepted: 10/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4164>

Resumen

La voz analiza de manera general la relación entre colonialidad y derecho, teniendo en cuenta el contexto latinoamericano y, en especial, el derecho de los pueblos indígenas. El Derecho ha sido un instrumento de la colonización desde la expansión colonial europea hasta la configuración del Estado "moderno". De ahí se deduce el estudio del derecho en clave colonial, partiendo de las aportaciones teóricas del "pensamiento decolonial latinoamericano". La estrategia consiste en situar el análisis del derecho en el contexto de la "colonialidad del saber", una perspectiva epistemológica crítica al eurocentrismo. Para este propósito nos apoyamos en el derecho indígena para cuestionar los límites del derecho moderno a la luz de la "colonialidad jurídica". Finalmente, la colonialidad jurídica es planteada como otra manera de ver el derecho sin el lente de la modernidad jurídica.

Palabras clave

Colonialismo, colonialidad jurídica, derecho, colonialidad del saber, epistemología, derecho indígena.

Abstract

The article analyzes, from a general perspective, the relationship between coloniality and law, taking into account the Latin American context and, especially, the indigenous people's law. Law has been an instrument of colonization from the European colonial expansion to the "modern" state configuration. Therefore, we approach the study of Law in a colonial sense, starting from the theoretical contributions of the "Latin American decolonial thinking". The strategy consists in placing the analysis of law in the context of the "coloniality of knowledge", a critical epistemological perspective on eurocentrism. To achieve this purpose, we use the indigenous law to question the limits of modern law in light of the "legal coloniality". Finally, the "legal coloniality" is considered as another epistemological perspective to understand the indigenous law without the "modern law" focus.

Keywords

Colonialism, legal coloniality, law, coloniality of knowledge, epistemology, indigenous law.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Sobre la distinción entre colonialismo y colonialidad. 3. Principales dimensiones críticas del pensamiento decolonial: colonialidad del poder, colonialidad del saber y

colonialidad del ser. 4. La intersección entre colonialidad del saber, colonialidad jurídica y derecho indígena. 5. Consideraciones finales.

1. Introducción

El derecho ha sido históricamente un instrumento de la colonización, cuyo común denominador fue la imposición del derecho del colonizador a los pueblos o naciones sometidas. Analizar el derecho en clave colonial supone repensar el derecho a partir de una genealogía colonial, presente desde la expansión colonial europea hasta la configuración de los actuales Estados “modernos”. A pesar de ello, el derecho ha sido una categoría analítica marginada tanto por los teóricos del “colonialismo interno” y de los “estudios postcoloniales” como por el “pensamiento decolonial latinoamericano”, cuyas premisas críticas contra el colonialismo, el eurocentrismo y el capitalismo han girado en torno al poder, la economía, la cultura, la raza, la etnia, la clase, etc.

Evidentemente, el derecho es una categoría imprescindible en el cuestionamiento de la “colonialidad del poder”, no sólo por la potente influencia del lenguaje jurídico presente en la legislación, en la Constitución y en la práctica de los operadores jurídicos del sistema jurídico dominante, sino porque proyecta un conjunto de normas, valores, principios y razonamientos que han sido normalizados por la cultura jurídica dominante.

Por tanto, en la presente voz articularemos el análisis del derecho y la colonialidad, teniendo en cuenta las aportaciones teóricas del pensamiento crítico latinoamericano ligado al denominado Proyecto Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad. La estrategia que seguiremos para aproximarnos al estudio de la “colonialidad jurídica”, consiste en utilizar el sustrato de la epistemología crítica del pensamiento decolonial, teniendo como referencia el derecho de los pueblos indígenas para cuestionar la colonialidad de la modernidad jurídica y sus prácticas hegemónicas.

De este modo, analizaremos, en primer lugar, qué se entiende por colonialidad y su distinción con respecto al colonialismo. En segundo lugar, haremos un esbozo de los principales componentes teóricos del pensamiento decolonial latinoamericano, a fin de situar nuestro objeto de estudio. En tercer lugar, abordaremos las implicaciones de la “colonialidad del saber” y la “colonialidad jurídica” en la concepción del derecho indígena, con el propósito de explicar cómo la colonialidad jurídica ha legitimado y normalizado la concepción dominante del derecho moderno occidental. Por último, haremos algunas consideraciones finales sobre los desafíos que plantea la colonialidad jurídica al (re)visar el derecho dominante desde otra perspectiva epistemológica.

2. Sobre la distinción entre colonialismo y colonialidad

El cuestionamiento del legado del colonialismo y sus secuelas opresivas en las regiones colonizadas tras el proceso de descolonización (política) ha sido objeto de estudio desde diversas perspectivas críticas. Una de las primeras tesis fue planteada en América Latina por los autores que se identificaban con el “colonialismo interno” (González Casanova, 1975, Stavenhagen, 1981; Bonfil Batalla, 1972) y aún continúa repensándose en la actualidad (González Casanova, 2006; Rivera Cusicanqui, 2010). De la misma manera, las “teorías postcoloniales” desarrolladas en el contexto anglosajón desde los años 70 han contribuido al debate, en la línea de autores como Edward Said, Homi Bhabha, Gayatri Chakravorty Spivak, etc¹. A estas dos tradiciones críticas se suma, desde los años 90, una red heterogénea de pensadores críticos

¹ Para una visión general, véase (Mezzadra, Spivak, Mohanty, et al., 2008); así mismo, (Said, 1990).

latinoamericanos ligados al Proyecto Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad, cuyas reflexiones críticas son próximas a las de los mencionados autores al tener un blanco común: el colonialismo, el capitalismo y el eurocentrismo. A pesar de esta proximidad, resultan relevantes las aportaciones teóricas, heurísticas y epistemológicas del pensamiento decolonial a los efectos de nuestro estudio, empezando por la distinción conceptual entre colonialismo y colonialidad, así como la perspectiva de la colonialidad del saber.

En efecto, la colonialidad es un concepto introducido en los años 90 por Aníbal Quijano (1992, 2007), y posteriormente ampliado por diferentes académicos y activistas latinoamericanos vinculados al grupo Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad, cuya premisa básica señala que colonialidad y modernidad son dos caras de la misma moneda, solo que la modernidad se ha auto-identificado con la retórica de la emancipación a costa de encubrir la lógica de la dominación colonial (Mignolo, 2010, 2005; Grosfoguel y Castro-Gómez, 2007; Quijano, 2007; Dussel, 1994)².

Desde el pensamiento decolonial, modernidad, capitalismo y eurocentrismo se conciben como procesos coetáneos que supusieron el horizonte colonial en América Latina, y que a partir del siglo XVI se constituyeron como ejes centrales de dominación sobre la población del “nuevo mundo”. Estos son los componentes básicos que están en la base de lo que Quijano denomina “colonialidad del poder”, en tanto patrón de dominación/explotación/control entre colonizadores y colonizados. Este patrón de poder colonial está organizado fundamentalmente sobre de la idea de raza/etnia, y atraviesa diferentes planos y dimensiones de la vida social: poder, trabajo, conocimiento, economía, autoridad, género, etc. (Quijano, 2007).

Por tanto, un sello distintivo del grupo Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad es la distinción entre colonialismo y colonialidad. De acuerdo con Walter Mignolo (2005, p. 33), el colonialismo hace referencia a “períodos históricos específicos y a lugares de dominio imperial”, mientras que la colonialidad “denota la estructura lógica del dominio colonial”. Para decirlo brevemente, el colonialismo es la ocupación territorial por medios coercitivos (militar, política, económica), mientras que la colonialidad es la imposición del imaginario cultural y epistemológico europeo hacia los sujetos colonizados. Siendo así, “el colonialismo precede a la colonialidad, la colonialidad sobrevive al colonialismo” (Maldonado-Torres, 2007, p. 131), aun cuando ambos sean términos mutuamente emparentados y nacen de un mismo parto el 12 de octubre de 1492, fecha en la que se inaugura la expansión colonial europea en las Américas.

3. Principales dimensiones críticas del pensamiento decolonial: colonialidad del poder, colonialidad del saber y colonialidad del ser

A partir de esta distinción central entre colonialismo y colonialidad se derivan al menos tres dimensiones fundamentales, donde la colonialidad sobrevive y se proyecta de manera sistemática en la experiencia del sujeto colonizado; en especial, sobre los pueblos indígenas (Garzón López, 2016). Nos referimos a la colonialidad del poder,

² En este sentido, señala Enrique Dussel, 1492 representa “la fecha del nacimiento de la modernidad; aunque su gestación —como el feto— lleve un tiempo de crecimiento intrauterino. La modernidad se originó en las ciudades europeas medievales, libres, centros de enorme creatividad. Pero ‘nació’ cuando Europa pudo confrontarse con ‘el Otro’ y controlarlo, vencerlo, violentarlo; cuando pudo definirse como un ‘ego’ descubridor, conquistador, colonizador de la alteridad constitutiva de la misma modernidad. De todas maneras, ese Otro no fue ‘des-cubierto’ como Otro, sino que fue ‘en-cubierto’ como ‘lo Mismo’ que Europa ya era desde siempre. De manera que 1492 será el momento del ‘nacimiento’ de la modernidad como concepto, el momento concreto del ‘origen’ de un ‘mito’ de violencia sacrificial muy particular y, al mismo tiempo, un proceso de ‘en-cubrimiento’ de lo no-europeo” (Dussel, 1994, pp. 7-8).

la colonialidad del saber y la colonialidad del ser. Si bien estas no son las únicas coordenadas analíticas, al menos constituyen las tres “patas” principales que están en la base del pensamiento crítico latinoamericano.

La *colonialidad del poder* se instala desde el momento mismo en que se inaugura la expansión colonial europea en el continente de “Abya-Yala”³, y el comienzo de la jerarquización de las culturas en donde el patrón de poder de la cultura dominante atraviesa todos los ámbitos de la vida social, política, económica, epistemológica, racial, sexual, subjetividad, etc. (Quijano, 2007). Esto significa que la colonialidad del poder consiste en una relación de múltiples redes, niveles y lógicas diferentes, de modo que no existe solo una estructura jerárquica de poder, sino una heterarquía de múltiples relaciones raciales, étnicas, sexuales, epistémicas, económicas, de género, subjetividad, etc. (Grosfoguel y Castro-Gómez, 2007, p. 16). Esta colonialidad del poder es la que aún sobrevive en el caso de los pueblos indígenas, aun cuando el poder imperial haya cambiado de manos, de administradores o abandonado la posesión de colonias, manteniéndose intacta la matriz del poder colonial.

En el ámbito de la *colonialidad del saber*, el pensamiento decolonial se ha centrado en la crítica a las formas eurocéntricas de conocimiento. Este ha constituido la principal característica de la modernidad, según Santos, quien señala que: “El imperialismo cultural y el epistemicidio son parte de la trayectoria histórica de la modernidad occidental” (Santos, 2002, p. 77). La colonialidad del saber se ha introducido y reproducido de manera sistemática en el conocimiento de carácter occidental a costa de marginar los saberes subalternos. De esta forma, el colonialismo europeo se consolidó no sólo a base de genocidio, sino, sobre todo, secundado por el epistemicidio. Este supuso la destrucción de los saberes indígenas mediante la imposición del imaginario cultural del colonizador como la única vía de relacionarse con la naturaleza, con el mundo social y con la propia subjetividad (Said, 2008; Castro-Gómez, 2005; Lander, 2003).

A partir del siglo XVIII, el conocimiento privilegiado sería el derivado del razonamiento científico; es decir, el producido en las aulas universitarias o centros de investigación bajo los presupuestos de la neutralidad, objetividad y universalidad. Cualquier otro conocimiento que no reúna tales estándares será considerado inferior, pre-científico, pre-moderno o tradicional (Grosfoguel y Santiago-Castro, 2007, p. 20). Estas son las premisas epistemológicas del pensamiento occidental que a partir del siglo XVIII contribuyeron a legitimar la ignorancia y el silenciamiento de todo conocimiento no occidental. En este sentido, el conocimiento indígena no fue la excepción.

Para disciplinar estas formas de control del conocimiento, uno de los campos privilegiados ha sido la educación, cuya función supone la interiorización del discurso científico en la producción y reproducción de conocimientos. De tal forma, el único conocimiento verdadero sería el generado por la élite científica y filosófica europea, y a partir de este parámetro debería repensarse cualquier forma de producción del conocimiento, teniendo como máximos referentes la autoridad de los pensadores

³ Abya-Yala es el nombre reconocido por los pueblos indígenas para nombrar al continente americano o América Latina. Sin embargo, como bien señala Walter D. Mignolo, América, América latina o América sajona es una *invención* europea forjada en el contexto de la historia colonial a partir de 1492. Así, a comienzos del siglo XVI, “el continente no figuraba en los mapas porque no se había inventado la palabra ni había nacido la idea de un cuarto continente. El territorio existía y los pobladores también, por supuesto, pero ellos daban su propio nombre al lugar donde vivían: Tawantinsuyu a la región andina, Anáhuac a lo que en la actualidad es el valle de México y Abya-Yala a la región que hoy en día ocupa Panamá. Los pobladores originarios no conocían la extensión de lo que luego se denominó “América” (Mignolo, 2005, p. 28).

occidentales (Lander, 2003; Quijano, 2007; Mignolo, 2010; Grosfoguel y Castro-Gómez, 2007).

Por último, la *colonialidad del ser* afecta a la constitución de la subjetividad y la identidad de los sujetos colonizados. Esta forma de colonialidad se proyectó en la clasificación racial y la diferenciación jerárquica de la humanidad en seres superiores e inferiores bajo diferentes categorías identitarias hetero-asignadas. Se trata, en otras palabras, de la distinción de la humanidad entre la zona del ser y la zona del no-ser, según la distinción formulada por Fanon (2009). Así, aquellos que viven en la zona del no-ser son los oprimidos, los racializados, los sub-humanos, “los condenados de la tierra”; mientras que los habitantes de la zona del ser son los privilegiados de las relaciones raciales de poder.

El efecto sistemático de la colonialidad del ser terminó socavando profundamente la identidad y la subjetividad del sujeto colonizado, convirtiéndose en un medio efectivo de control y dominación, según nos dice Charles Taylor, en la medida en que esa imagen inferior es internalizada hasta el punto de que la “propia autodespreciación se transforma en uno de los instrumentos más poderosos de su propia opresión” (Taylor, 2003, p. 44). Esto explica por qué muchas personas indígenas terminan despreciando su propia identidad para introyectar el punto de vista del grupo dominante, escondiéndose en el mestizaje o simplemente identificándose como “campesinos”. El ejemplo más habitual empieza por renegar de la lengua materna, la comunidad de origen o la pertenencia étnica.

4. La intersección entre colonialidad del saber, colonialidad jurídica y derecho indígena

Habiendo expuesto de manera sucinta algunas premisas teóricas del pensamiento decolonial, consideramos que es a partir de la *colonialidad del saber* donde derivaremos el análisis de la “colonialidad jurídica”, teniendo en cuenta el impacto de la colonialidad del saber en los conocimientos indígenas, en la ciencia jurídica y, en el derecho indígena. En este sentido, la colonialidad jurídica es concebida como una dimensión esencialmente epistemológica y, por tanto, debe ser revisada en la coyuntura entre ciencia y derecho moderno que ha subalternizado la lógica cultural que subyace en el derecho indígena.

La manera en que la colonialidad del saber se ha instalado en el imaginario de los pueblos indígenas y, por tanto, en la concepción del derecho, ha sido a través de la legitimación del conocimiento científico. Uno de los campos privilegiados ha sido la educación universitaria, cuya función comportará la interiorización del discurso científico en la producción y reproducción de conocimientos. El espacio de la universidad será concebido —siguiendo la opinión de Castro-Gómez— (2007, p. 81) “como una institución que establece las fronteras entre el conocimiento útil y el inútil, entre la doxa y la episteme, entre el conocimiento legítimo (es decir, el que goza de ‘validez científica’) y el conocimiento ilegítimo”. En el caso que nos ocupa, la enseñanza del derecho en las facultades de Derecho constituye un espacio donde se producirá y se reproducirá la colonialidad del saber y donde los conocimientos verdaderamente jurídicos serán suministrados por la ciencia jurídica europea.

Por lo tanto, la conjugación entre ciencia y derecho ha supuesto dos instrumentos poderosos que la modernidad occidental ha utilizado para distinguir entre lo verdadero y lo falso, lo legal y lo ilegal, pues aquello que está más allá de esta dicotomía será declarado inexistente y desplazado al lado invisible de la colonialidad epistemológica. Este colonialismo epistémico de la ciencia occidental es el que será reproducido sistemáticamente en las universidades y facultades de derecho para deslegitimar cualquier realidad jurídica no occidental. Así, la negación

científica del derecho del colonizado se fundamentará en la afirmación del derecho del colonizador como el único modelo universalmente válido para la regulación social. Esta negación radical de la co-presencia y de la simultaneidad jurídica ha sido separada por una “línea abismal” que distingue lo visible de lo invisible, según Santos (2010, pp. 29-32). A este lado de la línea visible está el monopolio de la distinción entre lo verdadero y lo falso en el campo del conocimiento científico; lo cual en el campo del derecho está determinado por lo legal y lo ilegal de acuerdo con el derecho oficial. En el otro lado de la “línea abismal” (es decir, en la zona colonial invisible), no hay conocimientos verdaderos sino creencias, magia, idolatría, comprensiones intuitivas o subjetivas que luego son objetos o materias primas de las investigaciones científicas; en este caso, en el campo del derecho estaría el vacío jurídico, considerado como lo alegal por ser un territorio sin ley.

De acuerdo con el razonamiento anterior, desde el paradigma de la ciencia del derecho occidental, el derecho indígena no puede ser calificado verdaderamente como derecho sino como un no-derecho, o, en todo caso, como “usos y costumbres”, derecho consuetudinario o simplemente “fenómenos infra-jurídicos” que desde los hechos sociales pasa al terreno de lo jurídico porque recibe la intervención del Estado (Carbonnier, 1997, pp. 129-131). Esta concepción subalterna del derecho indígena ha sido normalizada por la gramática jurídica occidental en las facultades de derecho para ser incorporada en el *habitus* del sujeto colonial. Por ello, es común afirmar categóricamente que la “costumbre jurídica” no puede estar por encima del derecho; incluso, a menudo, este argumento es reproducido por los propios indígenas, que han pasado por un proceso de formación en dogmática jurídica. Este ejemplo pone de relieve la eficacia de la colonización epistemológica en los propios sujetos colonizados, que terminan legitimando un sistema jurídico que reproduce la hegemonía del derecho occidental en detrimento de su propio derecho. Dicho de otra manera: introducido el discurso jurídico dominante en el *habitus* del sujeto colonizado, el jurista indígena termina mirando su propio derecho a través del derecho occidental.

Como se advierte, la razón occidental expresada a través de la ciencia del derecho dominante ha sido un medio muy efectivo para ocultar un racismo epistemológico que niega otras experiencias jurídicas y saberes que no pasan el *test* de la cientificidad por ser arcaicas, primitivas, tradicionales, pre-modernas, etc. Este “racismo epistémico” (Eze, Paget y Castro-Gómez, 2008) se reproduce de manera sutil y sistemática en la formación universitaria al abstraer cualquier realidad jurídica no occidental al filtro del conocimiento eurocéntrico. Por eso, dirá Santos —con razón—: “la concepción modernista del derecho llevó a una gran pérdida de experiencia y práctica jurídica y, de hecho, legitimó un “juridicidio” masivo, esto es, la destrucción de prácticas y concepciones jurídicas que no se ajustaban al canon jurídico modernista” (2009, p. 47).

En consecuencia, la mutua interrelación entre ciencia y derecho ha legitimado no sólo una estructura jerárquica de la sociedad organizada sobre la base de un orden jurídico dominante, sino también la apropiación y expropiación de los saberes indígenas. Un ejemplo puede ilustrarse con la medicina indígena, donde la sabiduría ancestral en tratamientos curativos es usurpada por las empresas farmacéuticas para luego patentarlas bajo la protección de la propiedad intelectual. De tal forma, cuando las comunidades indígenas pretenden proteger sus conocimientos según la premisa de la propiedad intelectual, resulta que la gramática jurídica individualista no contempla la manera de garantizar la protección de tales bienes colectivos. En este caso entran en juego dos procesos constitutivos: de apropiación y de expropiación del conocimiento indígena bajo la anuencia de la ciencia y el derecho moderno.

Ahora bien, la colonización epistemológica no sólo está implícita en la ciencia jurídica dominante, sino también en la práctica legislativa, donde predominan normas, valores y principios deducidos del discurso jurídico eurocéntrico. La colonialidad jurídica se introduce de igual manera en la hermenéutica del reconocimiento a través del cual opera la gramática jurídica occidental, al interpretar y aplicar el derecho indígena por parte de los operadores jurídicos del sistema dominante. Esto significa que la colonialidad jurídica está presente en la estructura del pensamiento y en la práctica cotidiana de los juristas del derecho estatal, pues primero se introyecta epistémicamente y luego se proyecta culturalmente en los hábitos, juicios, decisiones, razonamientos, prácticas, valores, etc.

Por último, la colonialidad jurídica es externalizada en las resoluciones jurídicas que sistemáticamente desconocen el derecho indígena al no tener en cuenta el contexto y la lógica de vida colectiva de los pueblos indígenas. En este caso, las decisiones judiciales suelen ser tomadas con “estricto apego a la legalidad”, puesto que el derecho indígena es invocado correctamente en las decisiones judiciales al ajustarse al marco constitucional, convencional y legal que suscribe el reconocimiento del derecho indígena, aunque alejadas de la lógica de vida de las comunidades indígenas⁴. En definitiva, la colonialidad jurídica es una experiencia cotidiana que se vive y se respira en todo momento y en cualquier espacio institucional dominado por el pensamiento jurídico hegemónico, siendo expresado por diferentes formas de racismo: institucional, jurídico, epistemológico, cultural, etc.

5. Consideraciones finales

Consideramos que la colonialidad jurídica constituye “el punto ciego” que los operadores del sistema jurídico dominante no visibilizan, al situarse en el espacio oculto por la ciencia jurídica moderna. Ciertamente, la perspectiva “intercultural” de la justicia estatal ha contribuido para que las/los encargados de tomar decisiones judiciales tengan un ángulo de visión más allá de la tradicional ortodoxia judicial. Sin embargo, pensamos que la perspectiva intercultural no es suficiente sin un cuestionamiento fuerte del sustrato epistemológico del derecho oficial, dado que la diferencia entre el derecho indígena y el derecho estatal no solo es de naturaleza cultural, sino también colonial.

En efecto, desde la “diferencia cultural” se ha buscado armonizar el derecho indígena y el derecho estatal a través de la interpretación intercultural, a fin de evitar la imposición de la cultura jurídica dominante. Con todo, la dimensión intercultural del derecho resulta apenas la punta del iceberg, en cuyo análisis es preciso ahondar desde el enfoque de la “diferencia colonial”; de esta manera se cuestionaría la colonialidad jurídica que subyace en la gramática jurídica moderna, la cual no solo se expresa en la ciencia jurídica y en las decisiones judiciales, sino también en la legislación, en las normas, prácticas, valores, hábitos, símbolos y razonamientos de los operadores del sistema jurídico-político dominante. De ahí que el desafío de la colonialidad jurídica consista en transgredir la frontera de la modernidad jurídica para

⁴ Aunque pueden existir cientos de casos parecidos, solo a manera de ejemplo señalamos el siguiente: El 30 de enero de 2016 fue detenido el indígena zapoteco Heliodoro Morales Mendoza por la policía federal mexicana cuando se encontraba en su comunidad de origen, en Tlacolula, Oaxaca (México). Su delito fue haber matado tres conejos en un “terreno comunal” —régimen común de propiedad colectiva en las comunidades indígenas— que había sido previamente declarado zona de reserva arqueológica por el gobierno mexicano. En esta zona, la cacería es considerada por la ley estatal como delito grave contra el medio ambiente, aun cuando se trate de animales que no están en riesgo de extinción. El indígena zapoteco lleva 6 meses en prisión, pero el juez podría condenarle a 9 años de cárcel. De acuerdo con el razonamiento jurídico invocado por los juzgadores, las decisiones tomadas al caso concreto han sido planteadas con “estricto apego a la legalidad”. Fuente: periódico El Universal 02/08/2016. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2016/08/2/seis-meses-en-la-carcel-por-matar-tres-conejos>

desvelar el racismo jurídico y epistemológico presente en el discurso jurídico moderno.

Por tanto, la colonialidad jurídica entraña una dimensión epistemológica que, a su vez, implica generar teorías y prácticas decoloniales. Esto no significa privilegiar la reflexión teórica por encima de las experiencias orales o prácticas que caracterizan el mundo indígena, ni mucho menos idealizar o aislar los saberes indígenas de todo contacto exterior, sino que se debe tener una clara vocación dialógica sin visos de universalidad. Esta apuesta dialógica supone trascender el “monotropismo autoreferente” de la modernidad hacia un diálogo entre saberes locales y entre sujetos concretos que piensan y hablan desde un lugar específico de la enunciación. Siendo así, la descolonización del derecho y la ciencia jurídica resulta una condición necesaria para afianzar una cultura de la interculturalidad, fomentar la interlegalidad entre tradiciones jurídicas diferentes y generar diálogos de saberes en un contexto de pluralismo epistemológico.

Por último, es preciso señalar que descolonizar la ciencia y el derecho moderno no significa asumir una posición esencialista del derecho indígena ni mucho menos negar la relevancia y las aportaciones de la ciencia y el derecho occidental. Más bien, de lo que se trata es vislumbrar otras zonas invisibilizadas por la ciencia moderna y ampliar el campo de visión del derecho desde otras perspectivas y lógicas culturales. En definitiva, la colonialidad jurídica es otra manera de ver el derecho sin el lente de la modernidad jurídica.

Bibliografía

- BONFIL BATALLA, G. (1972), “El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial”, *Anales de Antropología* Vol. IX, México, Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, D. F., pp.105-124.
- CARBONNIER, J. (1977), *Sociología jurídica*, Tecnos, Madrid.
- CASTRO-GÓMEZ, S. (2005), *La poscolonialidad explicada a los niños*, Universidad del Cauca, Instituto Pensar-Universidad Javeriana, Popayán.
- DUSSEL, E. (1994), *1492. El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, Plural editores-UMSA, La Paz.
- EZE, Ch. E., PAGET, H. y CASTRO-GÓMEZ, S. (2008), *El color de la razón: racismo epistemológico y razón imperial*, Ediciones del Signo, Buenos Aires.
- FANON, F. (2009), *Piel negra, máscaras blancas*, Akal, Madrid.
- GARZÓN LÓPEZ, P. (2016), *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder, Prólogo de José María Saucá Cano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GONZÁLEZ CASANOVA, P. (1975), *La democracia en México*, Era, México.
- GONZÁLEZ CASANOVA, P. (2006), “Colonialismo interno (una redefinición)”. En: BORON, A., AMADEO, J. y GONZÁLEZ, S. (Comps.), *La teoría marxista hoy*, CLACSO, Buenos Aires, pp. 409-434.
- GROSFUGUEL, R. y CASTRO-GÓMEZ, S. (eds.) (2007), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Ilesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- LANDER, E. (2003) (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, CLACSO, Buenos Aires.
- MALDONADO-TORRES, N. (2007), “Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto”. En: GROSFUGUEL, R., y CASTRO-GÓMEZ, S. (eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Ilesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, pp. 127-167.
- MEZZADRA, S., SPIVAK, G., MOHANTY, Ch. et al. (2008), *Estudios postcoloniales. Ensayos fundamentales*, Traficantes de sueños, Madrid.

- MIGNOLO, W. (2005), *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona.
- MIGNOLO, W. (2010), *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*, Ediciones del Signo, Buenos Aires.
- QUIJANO, A. "Colonialidad y Modernidad/Racionalidad", *Perú indígena*, vol. 13, No. 29, Lima, pp. 11-20.
- QUIJANO, A. (2007), "Colonialidad del poder y clasificación social". En: GROSFOGUEL R., y CASTRO-GÓMEZ, S. (eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, pp. 93-126.
- RIVERA CUSICANQUI, S. (2010). *Ch'ixinakax utxiwa: Reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Ediciones Tinta Limón, Buenos Aires.
- SAID, E. W. (2008), *Orientalismo*, DeBolsillo, Barcelona.
- SANTOS, B. de S. (2002), "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", *El Otro derecho*, Núm. 28, pp. 59-83.
- SANTOS, B. de S. (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá.
- SANTOS, B. de S. (2010), *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce-Extensión Universitaria, Montevideo.
- STAVENHAGEN, R. (1981), "Siete tesis equivocadas sobre América Latina", *Sociología y subdesarrollo, Nuestro tiempo*, México, pp. 15-84.
- TAYLOR, Ch. (2003), *Multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, Fondo de Cultura Económica, Sevilla.

Indio (denominación) Indian (denomination)

Yaneth Katia Apaza Huanca
Red de Derechos Humanos IDHBC
vivanka333@gmail.com

Recibido / received: 31/08/2018
Aceptado / accepted: 31/01/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4165>

Resumen

El artículo mostrará cómo las distintas denominaciones: indio, pueblo indio o indígena, campesino, comunidad indígena u originaria, etnia, nación y nacionalidad, otorgadas a los *aymaras*, *quechuas* (Bolivia) y *kichwas* (Ecuador) son una deconstrucción histórica social de casi cinco siglos hacia su identidad milenaria e histórica, que causan tres efectos: a) dominación (tutela), b) desestructuración territorial, por ende, desarticulación político-administrativa, económica y social, y c) limitación en su lucha por la emancipación.

Así, las distintas denominaciones usadas por los Estados plurinacionales de Bolivia y Ecuador, son un lenguaje hegemónico-histórico deconstructivo por medio de significantes y significaciones que impregnará un “signo” colonial y postcolonial a los *jaques*, *runas*, *ayllus*, *markas*, *suyus*, *señoríos aymaras*, *quechuas*, y *kichwas* convirtiéndose a largo plazo en un paradigma de la denominación y dominación.

Palabras clave

Aymaras, quechuas, kichwas; paradigma de la denominación y dominación; significante; significación; colonial; postcolonial; deconstrucción; tierra y territorio.

Abstract

The article will show how the different denominations: Indian, Indian or indigenous people, peasant, indigenous or native community, ethnicity, nation and nationality, granted to the Aymaras, Quechuas (Bolivia) and Kichwas (Ecuador) are a social historical deconstruction of almost five centuries towards its millenarian and historical identity, which causes three effects: a) domination (guardianship), b) territorial deconstruction, therefore, political-administrative, economic and social disarticulation, and c) limitation in its struggle for emancipation.

Thus, the different denominations used by the Plurinational States of Bolivia and Ecuador, are a hegemonic-historical deconstructive language by means of signifiers and significations that will impregnate a colonial and postcolonial "sign" to the jaques, runas, ayllus, markas, suyus, señoríos Aymaras, Quechuas, and Kichwas become a paradigm of denomination and domination over the long term.

Keywords

Aymaras, Quechuas, Kichwas; paradigm of denomination and domination; significant; significance; colonial; postcolonial; of construction; land and territory.

SUMARIO. 1. De la deconstrucción denominativa por medio de significantes y significaciones. 2. Origen del paradigma de la denominación y dominación. 3. La desestructuración territorial a través de República de indios y de españoles. 4. Nacimiento de los Estados republicanos de Bolivia y Ecuador: los *aymaras*, *quechuas* y *kichwas* sin ciudadanía. 5. Los Estados nacionales y el “problema a resolver”. 6. El multiculturalismo liberal y su reconocimiento como “etnias”. 7. La plurinacionalidad, un reconocimiento ajeno a su identidad. 8. Reflexiones finales.

1. De la deconstrucción denominativa por medio de significantes y significaciones

Las denominaciones utilizadas hacia los *jaques* y/o *runas* (seres humanos), *ayllus* (comunidad), *markas* (conjunto de *ayllus*), *suyus* (conjunto de *markas*), *señoríos aymaras*, *quechuas* de Bolivia y *kichwas* del Ecuador, nombrándolos como indios, pueblos indios, indígenas, campesinos, comunidades indígenas u originarias, etnias, naciones y nacionalidades, son una historia de continua deconstrucción denominativa occidental que atraviesa cinco períodos o cinco siglos históricos coloniales y postcoloniales (Apaza Huanca, 2016).

Es una deconstrucción¹ denominativa, es decir, un desmonte conceptual histórico porque trastoca directamente a su ser o identidad inter-relacionada en un todo —geográfico, político, económico y social—. Él mismo se manifiesta bajo un lenguaje hegemónico de características indigenistas y neo-indigenistas, utilizando distintos significantes (denominativos) y significaciones (formas de interpretarlos) a lo largo de la historia, que impregnará en el ser *aymara*, *quechua* y *kichwa* un signo (forma de reconocimiento) colonial y postcolonial no precedero.

A largo plazo, este lenguaje hegemónico (deconstructivo) se convertirá en un paradigma² natural de denominación y hacia la dominación, porque lo empezarán a interpretar con creencias e ideas equivocadas, cuyos alcances se reflejarán en lo jurídico, político, económico y social.

Es por ello que el paradigma descrito a lo largo de este artículo, nos expresará dominio del lenguaje de identificación, como parte de la expresión del poder. Consecuentemente, el lenguaje los homogenizará, los mantendrá invariables (estático) en una interpretación colonial histórica anacrónica, desestructurando y distorsionando su identidad. Finalmente, creará una dualidad en la forma de pensar y ser en la identidad *aymara*, *quechua* y *kichwa* negando el sentido de conciencia colectiva de identificación en lo geográfico, político, económico, y social (Apaza Huanca, 2016: 165-171).

¹ Para comprender el término *deconstrucción*, nos ceñiremos a lo desarrollado por el filósofo Jacques Derrida en su obra *De la gramatología* (1967), quien nos invita a abandonar la racionalidad, la cual dirige la escritura, puesto que ya no surge de un *logos*, sino que inaugura la destrucción, la deconstrucción de las significaciones, en particular la significación de la verdad (1998: 9).

² Para el término *paradigma* utilizaremos la definición de Mario Bunge, que a continuación interpretamos. Para él, un paradigma contiene: $P = \langle B, H, P, A, M \rangle$, donde P , es un conjunto B de conocimientos de trasfondo, es decir el contexto de la historia, que junto a un conjunto H de hipótesis específicas del tema, o las suposiciones acerca de su identidad, e ideas dominantes coloniales y postcoloniales, contienen una problemática P , o un conjunto de problemas, además un objetivo A , continuar con el dominio y tutela, y una metódica M , que vendría a ser la apropiación del lenguaje (Bunge, 2001: 159).

2. Origen del paradigma de la denominación y dominación

La deconstrucción denominativa hacia su identidad mediante el lenguaje surgirá a través del significante “indio” otorgado a las “nuevas gentes” que habitaban en las nuevas tierras descubiertas. De acuerdo con Bartolomé de las Casas, Cristóbal Colón creía haber llegado a las Indias Occidentales (De las Casas y Saint-Lu, 1986: 39), de ahí el denominativo “indio”. Pronto el significado de quienes eran denominados con ese significante estará referido al sometimiento por medio de la esclavitud, aunque jurídicamente fueron considerados vasallos libres de la Corona de Castilla (Borah, 1985: 257, 258).

Sin embargo, según Bartolomé de las Casas (1975: 24-27) la mayoría de los conquistadores y colonizadores estaban seguros de que los indios eran bestias o casi bestias, por ello el dominico Bernardo de Minaya fue hasta Roma a obtener la *bula Sublimis Deus del papa Paulo III* en 1537, cimentado en la doctrina cristiana de que los indios americanos eran criaturas³; por tanto, seres racionales.

Con todos estos antecedentes históricos, en 1532-1570 se conquista el Imperio Incaico (Cusi, 1973: 9) o *Tawantinsuyo*, habitado por los *jaques, runas, ayllus, markas, suyus, señorios, aymaras, quechuas y kichwas*, por lo que el significante indio y su significado, será asociado a “ellos”, iniciando una deconstrucción o quiebre identitario en el ser *aymara, quechua y kichwa* y una desestructuración de su organización milenaria.

Posteriormente, en 1546, los conquistadores añadirán otro denominativo el de “pueblos indios”, debido a la falta de comprensión de la organización milenaria de los *aymaras, quechuas y kichwas*. Resolviéndose en ese entonces que los indios fuesen reducidos a “pueblos” y no viviesen divididos (España, 1973: 198-201).

Años más tarde, en la famosa Junta de Valladolid (1550-1551)⁴, se otorgará otro significante o denominativo histórico, el de “gentes bárbaras”. Su significado estará relacionado a que ciertos hombres son esclavos por naturaleza según la teoría aristotélica (Hanke, 1958) defendido por Juan Ginés de Sepúlveda en el *Demócrates alter, sive de iustis belli causis apud indos*, o “El tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios” (Ginés de Sepúlveda, 1982).

Así, todo ese conjunto de significantes: indio, pueblos indios, gentes bárbaras y la relación con sus significados — bestias o casi bestias, esclavos, vasallos libres— otorgado por los conquistadores, será el inicio de la imposición de un sistema de ideas y creencias equivocadas (paradigma), expandidas en la sociedad y prescritas formalmente mediante normas jurídicas.

Por lo que se da inicio al paradigma de la denominación y dominación por medio de un lenguaje hegemónico, donde el sujeto colonizado será construido con metáforas y metonimias coloniales en un inicio, afirmándose como postcolonial y no percedero en los siguientes siglos.

³ Suponemos que Bernardo de Minaya se basó en Marcos 16:15: “Y les dijo: Id por todo el mundo y predicad el evangelio a toda criatura” (De Reina, 1960: 787).

⁴ La Junta de Valladolid dilucidó sobre la legitimidad o ilegitimidad de la conquista y la condición de los indios.

3. La desestructuración territorial a través de la República de indios y de españoles
La línea divisoria estamental jurídica que se había planteado con la creación de “pueblos indios” a través de las reducciones, será afirmada durante el periodo colonial propiamente dicho (1570-1809, 1825⁵) por medio de las Reformas de Reducción del Virrey Toledo en 1572, concentrando a los *aymaras*, *quechuas* y *kichwas* en “comunidades y parroquias” —significante— al estilo español (Málaga Medina, 1974: 43-71), facilitando de esta forma su administración política y económica. Por tanto, su significación estará relacionada al servicio y como objeto de instrumentalización humana.

La Recopilación General de las Leyes de Indias de 1680⁶ afirmará esas sociedades paralelas, separando a la población en la República de Indios o pueblos indios, y la República de Estados Españoles, de Dios o Villa de Españoles, cada una con su propio sistema de autoridades y normas, quedando la República de Indios sometida a la República de Españoles (Cabedo Mallol, 2004: 83). Así lo confirma su Libro Sexto, Título III, y más específicamente la Ley XXI en la que se prohibía que en los pueblos indios, vivieran españoles, negros, mestizos o mulatos (España, 1973: 198-201).

Otra consecuencia de las Leyes de Indias al insertar un conjunto de normas sobre la regulación-administración de los indios en “pueblos indios” en los repartimientos y encomiendas (Título VIII), es que la misma negará la forma de organización milenaria de los *aymaras*, *quechuas* y *kichwas* dando lugar al no reconocimiento del *ayllu* o comunidad. Este se conforma de familias pequeñas o troncos familiares, los cuales forman otra unidad mayor llamada *marka/llajta*, así la unidad de varias *markas/llajtas*, constituirán los *layas/wamanis/señorios*, y la unidad de varias *layas/wamanis/señorios* establecerán los *suyus*, extendiéndose en cuatro grandes *suyus*: *Kollasuyu*, *Antisuyu*, *Chinchaisuyu* y *Kontisuyu*, constituyendo todos juntos el gran Imperio de los Incas o *Tawantinsuyu*.

Y aunque, en un inicio, las Leyes de Indias recogían una finalidad espiritual evangelizadora para cumplir los fines del repartimiento y la encomienda (Título VIII, Ley I) con el tiempo estas instituciones serán completamente desvirtuadas, puesto que, por intermedio de las reducciones de los indios en “pueblos indios”, se realizaran actos de donación, venta, traspaso, permuta, alquiler, prenda, renunciación, ampliándose su administración a monasterios, hospitales, casas de religión, prelados y otros, llegándose a prohibir tal aberración (Título VIII, Ley XVI, XVII). Este dato nos permite afirmar que los significantes “indio” y “pueblo indio”, estarán muy relacionado con el significado de objeto e instrumento humano.

Por otra parte, el *aymara*, *quechua* y *kichwa* comienza a aceptar su “identidad india” con resultados en la forma de vida dual; es decir, aceptará la denominación y dominación y por otra mantendrá vivos los elementos identitarios del ser *aymara*, *quechua* y *kichwa*, tales como la lengua, la forma de organización subalternizada y otros.

⁵ Aunque algunos historiadores datan a 1560, nosotros tomamos la fecha de 1570 debido a que ese año muere Atahualpa, último gobernante del imperio inca. Finalizará este periodo con la fundación de las repúblicas en cuestión (Apaza Huanca, 2016: 15-30).

⁶ En síntesis, eran las Leyes de Burgos, las Leyes Nuevas y las Ordenanzas de Alvaro, ordenadas en 9 libros que contienen alrededor de 6400 normas.

4. Nacimiento de los Estados republicanos de Ecuador y Bolivia, los *aymaras*, *quechuas* y *kichwas* sin ciudadanía

La identidad deformada y dual de los *aymaras*, *quechuas* y *kichwas* como resultado de la denominación “indio, pueblo indio”, continuará en la etapa de la creación de los Estados republicanos (1809-1960⁷) de Bolivia (1825) y Ecuador (1809), siendo esta una etapa postcolonial⁸, porque, si bien surgen Estados independientes, estos no dejarán de estar articulados en las antiguas formas de administración de las sociedades coloniales.

Y si las sociedades coloniales estaban bajo la administración de los españoles, en esta nueva forma de Estado postcolonial, los herederos del poder serán los criollos. Representados por la nueva élite, los terratenientes, quienes encarnarán figurativamente su capacidad de imaginarse a sí mismos como comunidades paralelas y comparables a las de Europa.

En esta nueva sociedad la mayoría de la población serán los denominados indios y/o pueblos indios, e insertos en esa identidad estarán los *aymaras*, *quechuas* y *kichwas* quienes serán homogeneizados con un nuevo denominativo el de “indígena⁹”. Este significante impulsará su anonimidad y por ende la continua deconstrucción de su identidad como un “todo inter-relacionado”, porque el mismo involucra lo geográfico, lo político-administrativo, lo económico y lo social (Apaza Huanca, 2016).

La deconstrucción desde lo geográfico (tierra y territorio) se dará porque los nuevos Estados se conformarán con otro tipo de límites geográficos, muy distintos a la organización milenaria de los *ayllus*, *markas*, *suyus*, *señorios aymaras*, *quechuas* y *kichwas*. Por otra parte, los Estados nacientes con mirada europea y ausentes de la identidad *aymara*, *quechua* y *kichwa* crearán una nueva categoría jurídica y política, la “ciudadanía”, concedida a “hombres libres” (Guerrero, 1994) que sabían leer y escribir (Bolivia) y habían adquirido un determinado patrimonio económico (Ecuador)¹⁰. El nuevo *status* excluirá a la gran mayoría indígena o *aymara*, *quechua* y *kichwa* de la participación política, jurídica, economía y social de los nuevos Estados.

Un momento álgido será el periodo 1850-1880, un momento histórico autoritario en la política en los Estados republicanos, porque estará impregnado de un positivismo y racismo en el pensamiento criollo. Las relaciones entre indígenas (*aymara*, *quechua*, *kichwa*) y Estado serán más conflictivas, porque empezarán a deshacer sus estructuras etnopolíticas y jurídicas, exterminándolos (Turner, 2001: 175-176).

Además, las nuevas ideas liberales basadas en la igualdad ciudadana abolirán el tributo del indio. Esto dará como resultado reformas tributarias tendentes a liquidar las formas comunales de la tierra o *ayllus*. De este modo los *aymaras*, *quechuas* y

⁷ La organización republicana del Ecuador durará hasta 1895. En Bolivia, el Estado republicano se extiende hasta 1900.

⁸ El artículo se enmarca en la teoría postcolonial, una postura crítica, la cual trata aspectos sobre las sociedades que han sufrido el colonialismo británico y francés. De sus representantes hemos estudiado en especial, los análisis de Homi K. Bhabha.

⁹ Interpretado por el diccionario de la Academia Francesa (1798) como el natural de un país y habitante de América (Ramírez, 2011).

¹⁰ Art. 14 de la Constitución Política de Bolivia de 1826 y art. 12 de Constitución Política del Estado del Ecuador 1830.

kichwas serán víctimas de usurpación de sus tierras comunales, siendo su situación peor que en la Colonia.

Esta situación se irá agravando porque convertirán a los *ayllus*, *markas*, *suyus*, *señoríos aymaras*, *quechuas* de Bolivia en grandes haciendas y a sus habitantes en pongos y colonos. En Ecuador, la situación de los *kichwas* será casi similar o peor, porque el régimen dominante en las haciendas será el “concertaje” de origen colonial¹¹. Más tarde este será reemplazado con el “huasipungo” cuya característica singular, es la de ser una relación de dominación¹².

Por lo que en este periodo el significante o denominación indígena y su relación con su significación pongo, colono, siervo, será como una moneda de dos caras, que llevará a los *aymaras*, *quechuas* y *kichwas* a un continuo signo histórico de dominio y tutela.

5. Los Estados nacionales y el “problema a resolver”

Históricamente, este es el momento de la búsqueda de una sola identidad, a partir del sistema político nacionalista. En Bolivia, se establecerá desde 1900 a 1980 y en la misma línea seguirá Ecuador desde 1912 a 1984. El nacionalismo estará acompañado por ideas de la época como el positivismo, darwinismo, marxismo y comunismo. Esas ideologías predominantes influenciarán con políticas económicas y sociales a los Estados con respecto a la forma de administrar a los “indios e indígenas” (Apaza Huanca, 2016: 44). Por ende, el objetivo del Estado será buscar una raza, una lengua, y una cultura común.

Sin embargo, su objetivo no podrá ser cumplido porque la realidad es otra. Una sociedad heterogénea en población, por lo que empieza a surgir en el consciente de los terratenientes la idea del conflicto a resolver por el “problema humano” al cual gobiernan; es decir, que los indios, indígenas y pueblos indios tendrán esa nueva significación. Por otra parte, el indigenismo naciente en varios países como México, Perú, Bolivia¹³, se convertirá en 1940¹⁴ en una política oficial de los Estados de América, definiendo al indígena como un individuo económica y socialmente débil.

En 1938, en Bolivia y a nivel normativo, se promulgará la nueva Constitución Política del Estado regulando nuevos Regímenes, entre ellos el del “Campesinado”, en el que encontramos dos nuevas denominaciones o significantes: comunidades indígenas (art. 165) y campesino (art. 167).

Con estos dos significantes se dará lugar a una nueva clase social, por medio de la cual se agrupará y organizará el 1º Congreso Campesino de Bolivia (La Paz), impulsando una nueva etapa de conformación de “sindicatos campesinos” en 1945 (Gotkowitz, 2007: 209). A partir de este, los *ayllus*, *markas*, *suyus*, *señoríos aymaras* y *quechuas* en Bolivia se asimilarán como “sindicatos campesinos” e irán perdiendo cada vez más su identidad en cuanto a la composición de su territorio.

En 1953, la Ley de Reforma Agraria (N.º 3463) afirmará estos significantes legalizando la existencia de sindicatos campesinos (art. 132) creando un minifundio

¹¹ Cédula del 24 de noviembre de 1601.

¹² Los patronos endeudarán a los indígenas con anticipos, serán atados económicamente a las haciendas no pudiendo cancelar sus deudas (Guerrero, 1991).

¹³ El indigenismo pasa por varias etapas y enfoques en los distintos países. Nació con una justificación teórica en defensa de los indígenas, pero posteriormente se convertirá en una política de protección y tutela al indígena.

¹⁴ La Convención de Pátzcuaro de 1940 hace énfasis en medidas de protección de parte de los gobiernos y su asimilación.

desproporcional, el cual permitirá que a largo plazo los indígenas, ahora campesinos, migren a las grandes urbes de manera individual y colectiva, formando posteriormente federaciones de campesinos y el cual impulsará, la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) en 1979.

El nacionalismo y el indigenismo en el Ecuador también influirán en la interpretación del significante y significación indígena. Esto se verá en el primer movimiento social campesino e indígena, la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI) en 1926 y en el primer Código del Trabajo en 1936. En 1937, se promulgará la Ley de Organización y Régimen de las Comunas y el Estatuto Jurídico de Comunidades Campesinas. Este tendrá por objetivo crear otras formas de organización distintas a los sindicatos agrarios campesinos-indígenas.

Sin embargo, contradictoriamente, él mismo logrará fortalecer a las haciendas latifundistas y debilitará la organización de los *ayllus*, puesto que en la Ley se establecía un criterio general para incorporar agrupamientos de población que tuvieran un mínimo de cincuenta habitantes, desestructurando a la organización milenaria de los *kichwas*.

En los años 70, el indigenismo empieza a quebrarse como ideología¹⁵. Nacerá en oposición, la ideología del indianismo en Bolivia (1970-1980) como la respuesta revolucionaria de los indios al indigenismo, cuyo fin será atacar las teorías que habían justificado la subordinación por medio de la integración de los indígenas a la sociedad civil (Zárate, 2001: 27). Y si bien el indianismo será una ideología con fuertes matices de asunción política, también se observa que la denominación (significante) colonial y postcolonial de indio, indígena, campesino ya ha arraigado en su identidad.

6. El multiculturalismo liberal y reconocimiento

A mediados de los años ochenta, la forma de Estado monocultural entrará en crisis y se instalará dentro de los Estados un nuevo modelo con una propuesta normativa asociada a la dimensión fáctica a través del multiculturalismo liberal, a partir del cual se buscará cambiar la exclusión de los pueblos indígenas por el déficit histórico en el que habían vivido por siglos.

En 1985, en Bolivia, se instalará un nuevo modelo económico, el cual impulsará las Reformas Estructurales de Primera Generación, seguidas por las de Segunda Generación y Tercera Generación. Estas reformas neoliberales darán lugar a un proceso de marginalización y disconformidad, surgiendo durante este tiempo continuos levantamientos “indígenas” y protestas, cuyo objetivo será el reconocimiento de su identidad y territorio.

Esto dará lugar a la primera reforma de la Constitución Política del Estado (1994) modernizando 35 disposiciones referidas a los pueblos indígenas. El primer cambio fundamental será el de la naturaleza del Estado boliviano, el cual pasará a ser multiétnica y pluricultural (art. 1).

En Ecuador, durante los años noventa, los movimientos indígenas alcanzarán protagonismo y consolidarán su propio programa étnico cultural, organizando y reivindicando su carácter de “pueblos y nacionalidades indígenas” en defensa de sus derechos fundamentales. En 1998, lograran la promulgación de una nueva Constitución la cual declarará al Estado como pluricultural y multiétnico (art. 1) y expresará que los pueblos indígenas se autodefinen como nacionalidades (art. 83).

¹⁵ Así lo expresará el Instituto Indigenista Interamericano (Marroquín, 1972: 286).

Así, encontramos en ambos Estados cómo los indios, indígenas, campesinos y pueblos indios (*aymaras*, *quechuas* y *kichwas*) serán reconocidos con un nuevo significado, el de “etnias” y en Ecuador además de ello, como “nacionalidades”. Sin embargo, la significación colonial y postcolonial heredada no cambiará, puesto que seguirán siendo ciudadanos de segunda categoría.

Y, si bien es una época de reivindicación de los derechos de los denominados pueblos indígenas con la ratificación del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de parte de Bolivia (1991) y Ecuador (1998), a su vez los Estados realizarán una desconstitucionalización o de vaciamiento de su eficacia práctica (Mazariegos, 2014: 320-321)

7. La plurinacionalidad, un reconocimiento ajeno a su identidad

Durante la década de los años dos mil, se vivirán cambios radicalmente distintos en ambos Estados. En Bolivia, en el año 2006, se instalará la Asamblea Constituyente, como una forma de refundar el Estado boliviano a través de la inclusión de la diversidad étnica y cultural y una forma de incluir a los denominados indígenas porque habían sido ignorados durante siglos.

Posteriormente, en el año 2009, se promulgará la nueva Constitución Política del Estado, reconociendo a Bolivia como un Estado plurinacional comunitario; es decir, compuesto por treinta y seis “naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (art. 5)”, dentro del cual se encontrarán los *aymaras* y *quechuas*.

Lo singular de esta nueva Constitución en cuanto a las denominaciones es que unirá históricamente varios significantes coloniales y postcoloniales al reconocerlos como naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (arts. 30.1, 2 y 5). Esto nos demuestra la complejidad histórica y dialéctica que vive la sociedad boliviana.

La misma línea seguirá Ecuador el año 2007, convocando a una Asamblea Constituyente de la cual serán parte los indígenas. En el año 2008, se promulgará la Constitución y se declarará a Ecuador como un Estado plurinacional, además de reconocerles como comunas, comunidades y pueblos, y nacionalidades (art. 56 y 57).

Sin embargo, estas denominaciones/significantes foráneos no lograrán a expresar la magnitud de su identidad en todas sus dimensiones, especialmente en lo geográfico puesto que los *aymaras* y *quechuas* de Bolivia comprenden su identidad o la reconstrucción de la misma reflejada en la reivindicación de la tierra, por medio de su comunidad o *ayllu*, *marka*, *suyu*, logrando conformar en versión macro, el *Kollasuyu* (Bolivia), lucha que enfrentan desde antes del período colonial y que continua en la actualidad con diversos tipos de movimientos “indígenas”.

En cambio, los *kichwas* del Ecuador no se reflejan en los *ayllus*, lo que no significa que hayan perdido sus reivindicaciones territoriales. Su estructura organizacional responde más bien a los antecedentes históricos de la Colonia y República, los cuales, posteriormente, se combinaron con elementos externos (occidentales) reduciéndoles en “comunas” y en “comunidades indígenas” para que integrasen las “parroquias”, logrando estructurar geográfica y administrativamente el territorio de los *kichwas* en forma de diferentes organizaciones indígenas con distintas concepciones políticas, étnicas y sociales en la actualidad.

Denominarlos como nación/nacionalidad en la comprensión occidental es volver a caer en un lenguaje hegemónico deconstructivo de dominación que vuelve a llevarlos a una especie de tutela dentro el Estado. Reconocerlos en su verdadera

denominación *jaque/runa, ayllu, marka, suyu/señorio, Kollasuyu* (Bolivia) *Chinchaisuyu* (Ecuador) es retomar sus antecedentes geográficos y con ello, toda su administración económica, política y social, dando lugar al rompimiento de los límites geográficos de los Estados en los que se encuentran.

8. Reflexiones finales

Durante aproximadamente cinco siglos, los *jaques/runas, ayllus, markas, suyus, señorios aymaras, quechuas y kichwas* recibieron diversos significantes/denominativos como resultado de la hegemonía del lenguaje, formando el paradigma de la denominación y dominación a partir del conquistador, criollo, Estado de derecho, terrateniente, oligarca y élite.

Este paradigma permitirá que su ser sea deconstruido en su identidad milenaria e histórica, el *Sumak Kawsay* (Buen Vivir), *Suma Qamaña* (Vivir Bien) el cual puede ser interpretado como un “todo inter-relacionado”, porque comprende aspectos geográficos, políticos, económicos y sociales.

Así los significantes y su relación con los respectivos significados históricos coloniales y postcoloniales, construirán una identidad necesitada de protección y tutela, repercutiendo en ideologías y políticas como el indigenismo, las cuales impregnaron la doctrina de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Hoy se manifiesta bajo una nueva faceta: el neo-indigenismo, vigente en los Estados plurinacionales de Bolivia y Ecuador, quienes han reconocido a los *aymaras, quechuas y kichwas* bajo una nueva denominación/significante “naciones/nacionalidades”; sin embargo, interpretarlos y comprenderlos bajo una identidad ajena y circunscribirlos dentro de un Estado, es ser parte de la violencia estructural de siglos. Esto es así debido a que los *aymaras* se expanden geográficamente en los territorios de Bolivia (occidente), Perú (sur), parte de Chile (norte) y Argentina (norte). Por su parte, los *quechuas y kichwas* se extienden en los territorios de Bolivia, Ecuador, y parte de Colombia.

Por tanto, existe un paradigma de la denominación (significante) y dominación (significación), el cual sigue permitiendo la desestructuración identitaria de estas comunidades y no permite su emancipación histórica. Por tanto, se hace necesario salir de las estructuras coloniales y postcoloniales ya que han traído históricamente, sufrimiento, injusticia y subordinación entre los seres humanos. Realizar este cambio es un desafío dirigido a quienes ya no quieren ser parte de un sistema injusto de opresión y sufrimiento.

Bibliografía

- APAZA HUANCA, Y. (2016), *Hacia la emancipación de los aymaras, quechuas y kichwas desde su paradigma identitaria: Suma Qamaña, Sumak Kawsay*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, España. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/23314> (fecha de consulta el 26 de enero de 2018).
- BORAH, W. (1985), “El status jurídico de los indios en Nueva España”, *América Indígena*. vol. 45, núm. 2.
- BOLIVIA (1826), *Constitución Política del Estado*. Disponible en: <http://www.oocities.org/derechoconstitucional2001/cpe1826.htm> (fecha de consulta el 28 de agosto de 2017).
- BUNGE, M. (2001), *Diccionario de filosofía*, Siglo XXI, México. Disponible en: books.google.es/books?isbn=9682322766, 9789682322761 (fecha de consulta el 28 de agosto de 2017).

- CABEDO MALLOL, V. (2004), *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América latina*, Universidad Politécnica de Valencia, España. Disponible en: <http://books.google.es/books?isbn=8497056051>, 9788497056052 (fecha de consulta el 28 de agosto de 2017).
- CUSI YUPANQUI, T. (1973), *Relación de la Conquista del Perú*, Horizonte, Perú.
- DE LAS CASAS, B. (1975), *Del único modo de atraer todos los pueblos a la verdadera religión*, Fondo de Cultura Económica.
- DE LAS CASAS, B., SAINT-LU, A. (1986), *Historia de las Indias*, Fundación Biblioteca de Ayacucho, Madrid. Disponible en: http://www.iphi.org.br/sites/filosofia_brasil/Bartolom%C3%A9_de_Las_Casas_-_Hist%C3%B3ria_de_las_Indias_I.pdf (fecha de consulta el 2 de marzo de 2018).
- DE REINA, C. (1960), *La Santa Biblia: Edición de Promesas*, Unilit, Miami.
- DERRIDA, J. (1998), *De la gramatología*, Siglo XXI, México. Disponible en: <http://www.praxis-y-lenguaje.es/materiales/> (fecha de consulta el 28 de agosto de 2017).
- ECUADOR (1830), *Constitución Política del Estado*. Disponible en: http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf (fecha de consulta: 28 de agosto de 2017).
- ESPAÑA (1973) 1681, *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias (tomo segundo)*, Cultura Hispánica, Madrid.
- GINES DE SEPULVEDA, J. (1982), *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, Fondo de Cultura Económica, México.
- GOTKOWITZ, L. (2007), "Bajo el dominio del indio: movilización rural, la ley y el nacionalismo revolucionario en Bolivia en la década de 1940". En: ALJOVÍN DE LOSADA, C., JACOBSEN, N., *Cultura política en los Andes (1750-1950)*, Perú, Centro de Producción Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Disponible en: <http://books.google.es/books?isbn=9972463532>, 9789972463532 (fecha de consulta el 1 de marzo de 2018).
- GUERRERO, A. (1991), *La semántica de la dominación: el concierto de los indios*, Librimundi, Ecuador.
- GUERRERO, A. (1994), "Una imagen Ventrílocua: El discurso liberal de la desgraciada raza indígena a fines del siglo XIX". En: MURATORIO, B. (Ed.), *Imágenes e imagineros*, Flacso, Ecuador. Disponible en: <http://www.flacsoandes.edu.ec/biblio/catalog/resGet.php?resId=14702> (fecha de consulta el 28 de agosto de 2017).
- HANKE, L. (1958). *El prejuicio racial en el nuevo mundo (Aristóteles y los indios de Hispanoamérica)*, Colección América Nuestra Universitaria, Chile.
- MALAGA MEDINA, A. (1974), "Las reducciones en el Perú durante el gobierno del Virrey Toledo", *Kollasuyo*, núm. 87. Disponible en: <http://www.iheal.univ-paris3.fr/sites/www.iheal.univ-paris3.fr/files/las%20reducciones%20en%20el%20Peru%20Malaga.pdf> (fecha de consulta el 1 de marzo de 2018).
- MARROQUIN, A. (1972), *Balance del indigenismo*, Instituto Indigenista Interamericano, México.
- MAZARIEGOS, M. (2014), *Por el derecho a la consulta y disenso. Por el uso contrahegemónico del Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, España. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/19134> (fecha de consulta el 28 de agosto de 2017).
- QUINTERO LOPEZ, R. (1986), "El Estado terrateniente del Ecuador (1809-1895)". En: PAUL DELER, J., SAINT-GEOURS Y., *Estados y Naciones en los Andes (Hacia una historia comparativa: Bolivia-Colombia- Ecuador-Perú) Volumen 1*, Perú, Instituto de Estudios Peruanos.
- RAMIREZ, A. (2011), "Indio/indígena, 1750-1850", *Historia Mexicana*, núm. 3. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/41151295?origin=JSTOR->

[pdf&seq=1#page_scan_tab_contents](#) (fecha de consulta el 28 de agosto de 2017).

THURNER, M. (2010), “Los indios y las repúblicas entre 1830-1880”. En: MAIGUASHCA, J., *Historia de América Andina Vol. 5: Creación de las repúblicas y formación de la nación*, Libresa, Ecuador.

ZARATE, J. (2001). *Los señores de la utopía: etnicidad política en una comunidad p'urhépecha: Santa Fe de la Laguna, Ueamuo*, El Colegio de Michoacán A.C., México. Disponible en: books.google.es/books?isbn=9706790527,9789706790521 (fecha de consulta el 1 de marzo de 2018).

Excepciones a derechos

Exceptions to rights

Marcos Andrade Moreno
Universidad Católica Silva Henríquez
mandrade@ucsh.cl
Universitat Pompeu Fabra
marcos.andrade@upf.edu

Recibido / received: 20/02/2018
Aceptado / accepted: 06/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4166>

Resumen

El artículo presenta dos sentidos de excepciones a derechos y las razones por las que conviene distinguirlos. Se muestran las dificultades teóricas de definir el concepto de excepción y cancelación o suspensión de derechos, ya que ellos, al parecer, descansan en la idea de anomalía. Se muestran las dificultades de este enfoque y su justificación en el debate en torno a las excepciones implícitas y la derrotabilidad. Se ofrece una manera de superar estas dificultades, abandonando el enfoque lógico. En su lugar, se presenta un enfoque funcional que busca co-definir las excepciones y las suspensiones o cancelaciones mediante sus relaciones con otras normas denominadas normas alterativas, cuyo fin sería alcanzar cierto grado de flexibilidad normativa.

Palabras clave

Excepciones, cancelaciones, normas que establecen derechos, flexibilidad normativa.

Abstract

The paper presents two meanings of exceptions to rights and why it is convenient to distinguish them. The theoretical difficulties of defining the concept of exception and derogation of rights based on the idea of abnormality are shown. Instead, by showing the difficulties of this approach and its justification on the implicit exceptions and defeasibility debate, it offers a way to overcome these difficulties abandoning the logical approach. In lieu, a functional approach is presented: one that seeks to co-define exceptions and suspensions or cancellations through their relationships with other norms called alterative norms, whose purpose would be to achieve a certain degree of normative flexibility.

Keywords

Exceptions, derogations, enacted rights, normative flexibility.

SUMARIO. 1. Sentidos de la excepción. 2. Excepciones. 3. Excepciones y suspensión de derechos. 4. Conclusión.



También esto es de Focílides:
 los lerios son unos malvados,
 no unos sí y otros no, sino todos
 excepto Procles;
 y Procles es un lerio!¹

I. Sentidos de la excepción

En lo sucesivo se presentarán dos sentidos en que puede emplearse la expresión 'excepción a un derecho', se mostrará por qué conviene distinguirlos y cuál es la importancia de dicha distinción para la comprensión de las normas que establecen derechos.

En un sentido, 'excepción' puede hacer referencia a una cláusula establecida *prima facie* en la formulación de un derecho, que sustrae *a priori*, de manera permanente y con efectos generales, del alcance o de la extensión de la protección de un derecho, un determinado ítem que de otra manera debería entenderse incluido en la norma que establece un derecho.

En el otro sentido, 'excepción' apunta a una cláusula establecida *prima facie* que cancela o suspende *a posteriori* la protección de un derecho de manera esencialmente transitoria, introduciendo unos elementos externos genéricos, ciertos estados de cosas, que el instrumento que establece derechos preselecciona y cuyo acaecimiento autoriza a activar dicha suspensión y su control por parte del tribunal.

Estos dos sentidos suelen confundirse. Por ejemplo, se habla en general de excepciones como restricciones a derechos: "cualesquiera medidas, de alcance general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad de un derecho" (Díez-Picazo, 2003, p. 103); razón por la cual, se considera que dichas restricciones incluyen las suspensiones o cancelaciones a derechos, al ser ellas una "variedad de la restricción de derechos fundamentales" (Díez-Picazo, 2003, p. 116).

Esta confusión se debe en gran medida a Schmitt, quien famosamente consideraba que: "La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquella" (2009, p. 20). ¿Pero en qué consiste esta normalidad? El punto de vista Schmitt descansa sobre un presupuesto de la normatividad del derecho:

"Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal. La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple «supuesto externo» que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido" (Schmitt, 2009, p. 18).

Esta configuración por defecto de un trasfondo homogéneo, esta normalidad fáctica implícita, permite entender aquello que sería común a excepciones y suspensiones: dado que ellas estarían contempladas *prima facie* en el sistema

¹ Focílides (circa 560 a.C.). El texto original reza: "Και τοδε Φωκυλιδεω: Λεριοι κακοι, ουχ ο μεν, ος δ' ου, παντες, πλην Προκλεους, και Προκληης Λεριος (Adrados, 1990, p. 234).

jurídico, existe en principio una justificación de fondo para ellas que, en este caso, sería compartida, a saber, el de anormalidad o excepcionalidad².

No obstante, justamente por ello, Schmitt las confunde: porque ambas compartirían la situación de anormalidad que sería la condición de aplicación explícita de ellas, en la medida de que lo implícito a todas las normas jurídicas sería la configuración normal del orden jurídico ordinario.

Por el contrario, esto es justamente lo que hace diferentes a las excepciones y a las suspensiones, ya que “donde se evocan las excepciones a la regla, Schmitt teoriza sobre la situación excepcional”. Por esta razón, si uno “rechaza los postulados teóricos schmittianos, ya no se está obligado a mantener esta fusión de la excepción como anormalidad (como anormalidad, como fuera de lo común, como insubsumible) y excepción como un acto de excepción a una regla” (Carpentier, 2014, p. 8)³.

En otras palabras, la guerra, las emergencias graves, las calamidades públicas, entre otras, son situaciones excepcionales, estados de cosas que el propio sistema jurídico contempla, correspondiéndoles cierta consecuencia jurídica: la declaración de estado de guerra, sitio o excepción. Estos son a su vez elementos que la norma que establece derechos contempla y que permiten activar la suspensión de la protección de los derechos, que el tribunal debe controlar.

Por el contrario, en el caso de las excepciones, no existen tales situaciones excepcionales, estados de cosa anormales, que afecten al orden jurídico, sino que, más bien, lo que está en juego es otra cosa: dada la generalidad de las normas, hay ciertos casos cuyo acaecimiento el legislador desea dejar fuera del alcance de la norma anticipadamente, previniendo su futuro incumplimiento⁴.

Así, parece que el problema está del lado de las excepciones, ya que si bien el legislador contempla *prima facie* qué casos quedan fuera del alcance de la norma de forma explícita, es imposible que contemple todos los casos, aceptándose la posibilidad de que existan excepciones implícitas. En otras palabras, las excepciones son posibles gracias a “la generalidad de las leyes y reglas”, pero, por lo mismo, “las reglas jurídicas son objeto de excepciones actuales o potenciales” (Honoré, 1977, p. 108).

Esto se debe a la naturaleza general de las normas jurídicas y a la estructura con que tradicionalmente se concibe a las normas prescriptivas: “la conjunción de dos elementos, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, unidos ambos por un nexo. De manera que la norma jurídica se representaría de acuerdo al siguiente esquema: «Si es A, debe ser B»⁵. Por ello, es posible concebir a las normas jurídicas

² En este sentido: “El autor de la regla ‘hace’ una excepción, porque la regla, sin ninguna excepción particular, sería insatisfactoria, desde el punto de vista de las justificaciones de fondo de la regla o los poderes normativos fuera de ellas” (Carpentier, 2014, pp. 17-18).

³ Estas críticas a Schmitt no son nuevas, Mathias Schmitz en los 60 y Julien Freund en los 70 ya las habían identificado. Para una presentación de estas y otras críticas a Schmitt, véase Gómez, 1986, pp. 39-40. Esto redundante en que es posible separar, al menos conceptualmente, la excepcionalidad del estado de excepción (véase Honig, 2009, pp. 66-69).

⁴ Para un desarrollo de estas ideas, véase Carpentier, 2014, p. 9.

⁵ Se dice también que en la estructura de la norma jurídica es posible discernir “entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 72). En este sentido, la norma jurídica es entendida como “un imperativo hipotético en el que la aplicación de la consecuencia jurídica es el resultado del efectivo acaecimiento del caso previsto en el supuesto de hecho” (Ansuátegui, 1999, p. 153). Por esta razón, para Kelsen la norma funciona como un esquema de explicitación: “El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma” (1986, p. 17). Es justamente a esta

como universales derrotables⁶. Aquí es justamente donde reside el problema, porque como señaló Hart:

“Por lo general, no es posible definir un concepto jurídico como ‘traspaso’ o ‘contrato’ especificando las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación. Para cualquier conjunto de condiciones puede ser adecuado en algunos casos, pero no en otros, y tales conceptos solo se pueden explicar con la ayuda de una lista de excepciones o ejemplos negativos que muestran que el concepto no se puede aplicar o solo se puede aplicar de forma debilitada [...] Esta característica de los conceptos jurídicos es una para la cual no existe una palabra en inglés común. Las palabras ‘condicional’ y ‘negativo’ tienen las implicaciones incorrectas, pero el derecho tiene una palabra que con cierta vacilación tomo en cuenta y extiendo: esto es el sentido ‘derrotable’ usado de un interés legal en la propiedad que está sujeta a terminación o ‘derrota’ en una cantidad de contingencias diferentes, pero permanece intacto si tales contingencias no maduran” (1948-1949, p. 174)⁷.

Así, las normas (N1) ‘Cualquiera que mate a otro ser humano es culpable de homicidio’ y (N2) ‘Cualquiera que mate a otro ser humano en defensa propia no es culpable de homicidio’, pueden ser ambas válidas en un sistema jurídico. ¿Cómo es posible explicar esto?⁸ La explicación es que, como se ha dicho “Formulamos nuestras afirmaciones para circunstancias normales, sabiendo que en ciertas situaciones nuestros enunciados serán derrotados”, por ello “[m]uchas (si no todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma, aunque ellas no estén explícitamente enunciadas” (Alchurrón, 1991, p. 24).

Esto nos vuelve al problema planteado por Schmitt, ya que justamente la diferenciación entre excepciones y suspensiones o cancelaciones, que analizamos

concepción de las normas jurídicas a la que se opone Schmitt: “Afirmar que lo excepcional no tiene importancia jurídica y que es propio de la «sociología», sería tanto como dar por buena la esquemática disyunción de la sociología y la teoría del derecho. Lo excepcional es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la decisión”. Por ello, se “comprende que un neokantiano como Kelsen no acierte a dar cabida en su sistema al estado excepcional” (2009, pp. 18-19). También, véase Schmitt, 1996.

⁶ Esto quiere decir que “en el lenguaje corriente, las construcciones condicionales de la forma ‘Si A entonces B’ son frecuentemente usadas de modo tal que no se pretende con ellas afirmar que el antecedente A es condición suficiente del consecuente B, sino sólo que el antecedente, sumado a un conjunto de presupuestos aceptados en el contexto de emisión condicional, es condición suficiente del consecuente B [...] La afirmación condicional es derrotada cuando alguno de los presupuestos implícitos resulta falso. Un condicional derrotable puede ser definido como un condicional sujeto a excepciones implícitas” (Alchurrón, 2000, p. 23). Por ello, se dice que muchos teóricos del derecho “encuentran plausible pensar las reglas jurídicas como condicionales universales que correlacionan consecuencias normativas al acaecimiento de ciertos hechos o hechos. Parece también plausible pensar que las reglas jurídicas pueden ser sujetas a excepciones. Pero es normal considerar que estas dos ideas son incompatibles, y que ambas no pueden ser acomodadas cuando intentamos dar cuenta de la forma de las reglas jurídicas” (Duarte D’Almeida, 2015b, p. 133).

⁷ También en otra parte señala que: “Podríamos hacer reglas, cuya aplicación a casos particulares nunca requiera una opción adicional. Cada cosa se podría conocer, y para todo, ya que se podría saber, hacerse y especificarse de antemano por la regla. Este sería un mundo apto para la jurisprudencia ‘mecánica’. Es evidente que este mundo no es nuestro mundo, los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede traer [...] Cuando un caso no previsto surge, enfrentamos la cuestión escogiendo entre los intereses en competencia de la manera que mejor nos satisface. Al hacerlo, habremos resuelto de modo más determinante nuestro objetivo inicial e, incidentalmente, habremos resuelto una cuestión sobre el significado, para los propósitos de esta regla, de una palabra general” (Hart, 1997, pp. 128-129).

⁸ Como dice Alchurrón: “En relación con un condicional derrotable, puede ser verdadero que ‘Si A entonces B’ y falso que ‘Si A y C entonces B’. En tal caso, la circunstancia C constituye una excepción que derrota el condicional ‘Si A entonces B’ [...] Es decir, un condicional es derrotable si el siguiente esquema de inferencia (denominado refuerzo del antecedente) es lógicamente inválido: de ‘Si A entonces B’ se sigue que ‘Si A y C entonces B’” (Alchurrón, 1991, pp. 23-24).

antes, parte del supuesto de que se puede distinguir entre la situación excepcional que comportan estas últimas y la situación de normalidad que comportan las primeras. Esto es así debido a que, si siempre podemos encontrar circunstancias que derrotan la norma no contempladas en ella, por más precisa y rigurosamente que las definamos en las cláusulas exceptiva o suspensiva, no sería posible distinguir entre ambas, porque el trasfondo homogéneo o la normalidad fáctica implícita no sería tal.

En este artículo pretendo mostrar por qué, a pesar de este problema, es posible distinguir ambos sentidos de excepción, ya que lo relevante estaría no en dicha justificación de trasfondo homogéneo o normalidad fáctica implícita, sino que en los poderes normativos que las normas que establecen derechos tienen fuera de ellas.

Como se verá, se debe mostrar en primer lugar cómo se sostiene la distinción, es decir, cómo podemos identificar cuándo estamos frente a una excepción y cuando frente a una cancelación. Ello supone abandonar cualquier intento de identificación mediante determinados marcadores semánticos presentes en la norma que establece derechos. En su lugar se debe adoptar un criterio funcional, el que supone una reconstrucción sistemática de las excepciones y las cancelaciones como pertenecientes a una categoría más amplia de normas: las normas alterativas.

De esta manera, se puede comprender de qué manera las excepciones y cancelaciones alteran o modifican los poderes normativos de las normas que establecen derechos y, de paso, por qué ellas permiten alcanzar un cierto grado de flexibilidad normativa, indispensable en la determinación de la protección de los derechos.

2. Excepciones

¿Cómo es posible entonces que las normas (N1) ‘Cualquiera que mate a otro ser humano es culpable de homicidio’ y (N2) ‘Cualquiera que mate a otro ser humano en defensa propia no es culpable de homicidio’ sean ambas válidas en un sistema jurídico? Hay dos estrategias que se han propuesto sobre este asunto.

La primera, llamada internalista o incorporacionista, consiste en “admitir que una descripción rigurosa de la primera regla debería incorporar una cláusula que estableciera que el acto de matar no es cometido en defensa propia” (Duarte D’Almeida, 2015b, p. 135)⁹. En un pasaje célebre de *Taking Rights Seriously*, Dworkin señala:

“En el béisbol, una regla establece que si el *batter* no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego. No es coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de las reglas del béisbol y decir que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Por cierto, que una regla puede tener excepciones [...] Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas; y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla” (Dworkin, 2012: 75).

Irónicamente, quizás el otro famoso defensor del ideal de que es posible listar todas las excepciones a las normas sea Bentham¹⁰. En cualquier caso, como

⁹ Contra esta tesis estructura su libro sobre el tema, véase Duarte D’Almeida, 2015a.

¹⁰ Sobre este ideal de Bentham se ha dicho que: “El amor de Bentham por la luminosa claridad y certeza de la ley, lo llevó al sueño de una reconstrucción ideal de las reglas legales que contuviera todas las

Finkelstein remarca, la posición interpretativista sobre las excepciones tiene como consecuencia que la regla se *trague* la excepción, porque ellas serían una parte implícita de la regla: no hay calificaciones fuera de la regla. Así, el punto de vista internalista sobre las excepciones “sugiere que todas las excepciones a una regla pueden determinarse interpretando la regla correctamente [...] La noción de excepción a una regla queda excluida por la comprensión de las reglas que sugiere Dworkin” (Finkelstein, 2000, p. 509)¹¹. En este mismo sentido se pronuncia Atria, cuando afirma que:

“Hablar de ‘excepciones’ podría ser engañoso en un sentido importante: las excepciones son cláusulas que limitan el alcance de una regla, por lo tanto, por definición, si hay una excepción, la regla no es aplicable. Por lo tanto, parece que las excepciones son imposibles según el criterio de Miller: para que exista una excepción a una regla, la regla debe ser aplicable, pero si existe una excepción, la regla no es aplicable.” (2001, p. 124).

En otras palabras, las reglas tienen que ser aplicables para que estemos en presencia de una excepción que la desaplica¹².

La segunda, llamada externalista o no-deductiva, señala que “si queremos seguir sosteniendo que la primera regla debe ser formulada, como originalmente lo fue, sin mencionar la defensa propia —al fin y al cabo, pensamos en la defensa propia como una excepción a esa regla—, tenemos que admitir que nuestras reglas-enunciados no especifican condiciones suficientes para las consecuencias correspondientes” (Duarte D’Almeida, 2015b, p. 135).

La posición externalista sostiene que las excepciones son externas a la norma que se aplica, no están implícitas en ellas. Por ello, Schauer sostiene que: “Solo cuando la designación primaria del ámbito de aplicación de una norma incluye, en vez de excluir, un cierto ítem que sus creadores desean no incluir, es necesario añadir una excepción” (Schauer, 1991, p. 874)¹³.

En el caso de Schauer, su visión externalista de las excepciones termina confundiendo las excepciones con un caso de derrotabilidad, ya que en las

excepciones posibles. Ahora tenemos buenas razones para ser un poco más escépticos” (Moreso, 2014, p. 9).

¹¹ Esta posición de Dworkin es una reacción a la idea de Hart de que es imposible hacerlo, con lo que inaugura el tema de la derrotabilidad de las normas jurídicas. Sin embargo, el problema de las excepciones es un problema de aplicabilidad, no de pertenencia de las normas. Dado que Dworkin no maneja la distinción entre pertenencia y aplicabilidad de una norma (véase Moreso y Navarro, 1996), tiene que ser capaz de contestar la siguiente objeción: mediante una excepción nos encontraríamos en el caso de que una regla sea válida y se pueda aplicar al supuesto, al mismo tiempo de que ella misma establece que no se aplica. Si no fuere así, la regla estaría incompleta. Por eso Dworkin fracasa en su caracterización de las excepciones dentro de un sistema jurídico, dado que “no hay tal cosa como una excepción a una regla, ya que cualquier excepción articulada es solo una declaración más precisa de la regla” (Finkelstein, 2000, p. 510). Por ello, la excepción desaparece engullida por la regla. Esta consecuencia no se resuelve acudiendo a los principios, ya que éstos no son decisivos en el caso.

¹² Como dice Finkelstein: “Es razonable suponer que una condición calificada solo puede constituir una excepción si la cosa que califica es dispositiva del resultado en ausencia de la calificación en un caso al cual se aplica” (2000, p. 510).

¹³ Por ello, para Schauer: [L]a necesidad de una excepción (o la falta de ella) a alguna regla legal es en gran medida una función de la gama de herramientas lingüísticas disponibles para el redactor de la regla. Cuando el lenguaje en el que se redacta la regla contiene una palabra o frase familiar que por sí misma excluye lo que los redactores desean excluir del alcance de la regla, no es necesaria ninguna excepción. Todo lo que se requiere es emplear la palabra o frase apropiada, y lo que se debe excluir se excluye sin la necesidad de una excepción. Pero cuando el lenguaje no proporciona ninguna palabra o frase, el alcance de alguna prescripción o proscripción primaria se definirá en términos que probablemente sean excesivamente incluyentes, desde la perspectiva de los objetivos de la regla legal. Para adaptar la regla a los objetivos legales, entonces es necesario crear una excepción (1991, p. 874).

excepciones explícitas el intérprete reconocería que la aplicación de la regla cambia el trasfondo implícito normal, lo que altera el propósito original de la norma. En otras palabras, permitir una excepción a una regla resulta en “cambiar la regla y crear una nueva regla que incluya la condición calificadora relevante dentro de su enunciación” (Finkelstein, 2000, p. 510), lo que se justifica en la función o propósito original que la regla posea. Esta aproximación es casuística, de lo contrario “la regla perdería toda la fuerza normativa, ya que solo se aplicaría en aquellos casos en los que el resultado alcanzado aplicando la regla podría alcanzarse directamente desde la justificación de fondo de la regla” (Finkelstein, 2000, pp. 510-511)¹⁴.

Con razón se ha sostenido que tanto la postura internalista como la externalista son insatisfactorias. La primera, porque se basa en la idea de “encapsular en el antecedente de la regla, la negación de la disyunción de las excepciones admisibles” y, por tanto, “produce reglas con antecedentes abiertos e inservibles”. También debido a que “trataría la ausencia de cada excepción admisible meramente como otro elemento en el antecedente de la regla [...] esto es algo que nos resistimos a aceptar, ya que nos parece que sí hay una distinción a trazar entre elementos «negativos» de la regla [...] y excepciones propiamente dichas” (Duarte D’Almeida, 2015b, p. 135).

La segunda, porque “nos compromete con un enfoque no-monotónico de la justificación del derecho”, por lo que “implicaría abandonar una idea conocida aparentemente plausible: la idea de que las conclusiones del derecho *pueden* ser presentadas como conclusiones que se siguen deductivamente de alguna combinación de descripciones de reglas jurídicas y descripciones de los correspondientes hechos” (Duarte D’Almeida, 2015b, p. 135).

En otras palabras: “Un aspecto del problema, es cuáles son los límites de la precisión o exhaustividad en los enunciados jurídicos; el otro aspecto, es cuál es la confiabilidad con la cual uno puede hacer inferencias a partir de un enunciado expreso en que ley se formula” (Maccormick, 1995, p. 103). Por ello, las estrategias fallan respectivamente en dos aspectos relevantes del problema: en la exhaustividad con la que podemos reconstruir y en la confiabilidad de nuestras inferencias sobre las normas a partir de los enunciados normativos.

¿Existe alguna alternativa a estas dos posturas? Recientemente se ha planteado la estrategia *eso es todo*, que busca dar respuesta al argumento de la superación, es decir, la idea de que siempre podría encontrarse una excepción a una norma mostrando una característica adicional no contemplada que muestre la inadecuación de la norma¹⁵.

Esta estrategia surge desde el particularismo. Como señala Dancy: “Al fin y al cabo un principio moral especifica una consideración como una razón moral. Por ejemplo, el principio según el cual es incorrecto mentir toma un rasgo, la mendacidad,

¹⁴ Del mismo modo, según “[e]l pensamiento de Schauer parece ser que agregar una excepción en el momento de la aplicación equivale a cambiar una regla, pero que reconocer una excepción articulada previamente no lo es” (Finkelstein, 2000, p. 511). Por ello, Schauer concluye que las reglas deben modificarse solo cuando su aplicación en un caso particular produzca un resultado absurdo.

¹⁵ “[D]ado cualquier acción cuyas características se describen en términos no morales, y un principio que dice que una acción que tenga esas características será buena, siempre podemos pensar en alguna característica adicional que sea tal que, si la acción tuviera esa característica también, se convertiría en una acción incorrecta. Entonces el principio es inadecuado tal como está. Debe ser modificado, o se debe dar otro principio que describa la excepción. Pero una vez que hayamos hecho eso, se encontrará una excepción a los principios enmendados y seríamos forzados a enmendarla nuevamente, y así sucesivamente” (Holton, 2002, p. 198).

y dice que cada acción que posea este rasgo es incorrecta” (2015, p. 20)¹⁶. Pero justamente encontraremos circunstancias en que una acción que posea este rasgo sea correcta: como mentir para salvar la vida de un inocente, en el famoso ejemplo de Sartre. Por ello, el punto de vista de los particularistas es que

“[l]as reglas son generalizaciones que van desde el pasado hacia el futuro. Pero nada nos garantiza que acierten [...] que] haya alguna circunstancia no prevista en las condiciones de aplicación de la formulación de la regla que arroje una solución normativa diversa, e incompatible, de aquella prevista por la regla —i.e. la generalización— [...] Las reglas, por lo tanto, son generalizaciones falibles.” (Luque, 2015, p. 12)¹⁷.

La estrategia *eso es todo*, introduce la definición de la regla *a menos que* de la que hablaba Hart, la que permite acomodar el argumento de la superación: “*Eso es todo*: no hay más reglas y hechos morales relevantes, es decir, no hay una regla moral verdadera y un conjunto de oraciones verdaderas que reemplacen a las que aparecen en este argumento”. Con ello se busca es decir que “si eso es así, la regla moral se cumple” (Holton, 2002, p. 375), aunque aparezcan nuevas circunstancias o principios relevantes, ya que simplemente ellos superarían a los principios y hechos relevantes tenidos en cuenta inicialmente. Así, el argumento de los particularistas sería que:

“[P]ara cada principio y conjunto de hechos verdaderos, existe algún otro principio verdadero y un conjunto de hechos posibles que lo superarían [...] Pero ello no implica que cada principio verdadero y conjunto de hechos sea realmente superado; es decir, no implica que exista un verdadero principio y un conjunto de oraciones verdaderas no morales que lo sustituyan” (Holton, 2002, p. 199).

Mediante esta cláusula, se preservarían las dos cuestiones importantes que nos interesa preservar, a saber, que “[n]ecesitamos una noción de reglas jurídicas «bajo la cual sea posible hacer excepciones a las reglas sin rechazar la regla misma»; pero tal noción debería permitir que las reglas aparecieran en justificaciones deductivas de conclusiones del derecho” (Duarte D’Almeida, 2015b, p. 136).

Si esta estrategia acierta, entonces no hay forma de distinguir entre excepciones y suspensiones o cancelaciones entre derechos, ya que la tesis de Schmitt seguiría en pie: no podríamos distinguir entre las excepciones explícitas e implícitas, ni tampoco a ambas con las suspensiones o cancelaciones, ya que en todos los casos siempre cabría considerar situaciones futuras que, mediante la cláusula *eso es todo*, superarían las normas que establecen derechos. Lo anormal, lo fuera de lo común o lo insubsumible sería el rasgo característico de cualquier norma, incluyendo a las que establecen derechos.

Los derechos quedarían en pie, pero habría circunstancias indeterminadas o no previstas que justamente permitirían exceptuar y cancelar o suspender su protección, sin afectar a los derechos. Esto trastoca toda la concepción de los instrumentos que establecen derechos, ya que ¿de qué serviría mantener un derecho

¹⁶ Dancy luego abandona esta caracterización del problema, pasando al tercer particularismo: el que abandona toda idea de principios en la moral.

¹⁷ En este mismo sentido se pronuncia Holton, cuando sostiene que “[n]o existe un conjunto finito de principios finitos que sirva para axiomatizar la evaluación ética: esto es, ningún conjunto finito de principios finitos, de modo que, dada cualquier acción descrita completamente en términos no morales, los principios y la descripción conlleven un veredicto moral dado si y solo si es verdad” (2002: 193).

si su protección se podría ver coartada de forma imprevista?¹⁸ En la sección siguiente intentaré dar una respuesta a este problema.

3. Excepciones y suspensiones a derechos

La estrategia para enfrentar el problema antedicho supone dos pasos. El primero, que simplemente mencionaré aquí, por motivos de espacio y énfasis, consiste en afirmar que la supuesta contradicción de (N1) 'Cualquiera que mate a otro ser humano es culpable de homicidio' y (N2) 'Cualquiera que mate a otro ser humano en defensa propia no es culpable de homicidio' no es tal, no al menos en el lenguaje jurídico ordinario.

La clave está en la operación lógica de equivalencia que permite transformar N1 en N2 cuando a N1 se le agrega una condición. Esto permite, según las modalidades deónticas, que normas con distinto carácter deóntico puedan ser equivalentes cuando a ellas se les agrega una condición.

Esta es una vieja tesis de Bentham, que Raz ha presentado de manera impecable y que en otra parte denomino la tesis de la equivalencia entre excepciones y limitaciones: la idea de que "una limitación es, entonces, una excepción indirecta; una excepción, una limitación indirecta" (Bentham, 2010, p. 124)¹⁹. Según dicha tesis, una cláusula de excepción de una regla sería donde "se especifica las circunstancias en las que no se aplica, que son la excepción a la regla, lo que implica lógicamente que se aplica en todas las demás circunstancias" (Raz, 1980, p. 57); y la limitación sería donde se "especifica las circunstancias en las cuales se aplica la norma" (Raz, 1980, p. 57).

Por esta razón, una norma prohibitiva con una cláusula de limitación de una circunstancia es equivalente a una prohibición con una cláusula de excepción de la negación de esa circunstancia; y una cláusula prohibitiva con una limitación de una circunstancia es equivalente a una cláusula permisiva con una excepción de esa misma circunstancia. Son estas propiedades lógicas las que permiten afirmar que N1, que es una norma prohibitiva, con la condición "en defensa propia" sea equivalente a N2, que es una permisiva.

Pero si definimos de manera distinta a las excepciones, no en base a ciertos marcadores semánticos que permitan reconocer tal o cual operador deóntico –por ejemplo, las condiciones negativas en la norma–, entonces no hay razón para seguir aferrados a la tesis de la equivalencia. Si esto es cierto, podemos pensar simplemente que N1 y N2 no son la misma norma y, por tanto, no son contradictorias.

El segundo consiste en acudir a una intuición básica: no todas las normas que establecen derechos son iguales. Por ello, si renunciamos a un enfoque estructural o lógico para tratar de identificar las excepciones, deberíamos poder tratar de identificarlas funcionalmente, es decir, en los términos en que ellas son distintas a otras normas que establecen restricciones a derechos.

¹⁸ Quien mejor ha capturado este punto es Webber, quien identifica a éste como uno de los problemas centrales del denominado *enfoque recibido de los derechos*: cómo justificar el gran volumen de interferencias que los sistemas de protección de derechos permiten (véase Webber, 2009). Si bien Webber se refiere a las limitaciones, su argumento es aplicable a todas las normas alterativas, ya que todas ellas pueden ser vistas como herramientas que autorizan "muchas acciones justificadas de otros que infringen de manera regular y justificada los derechos" (WEBBER, 2016: 15). Porque si este enfoque es plausible, tendría que serlo también la descripción que realiza de la práctica, la que, bajo su prisma, aparece como una práctica donde regularmente se infringen los derechos.

¹⁹ Una reconstrucción formalizada del argumento de Bentham se encuentra en Raz, 1980, pp. 55-57 y también Carpentier, 2014, pp. 88-90.

Lo anterior supone comprender que las excepciones, las cancelaciones o suspensiones y otras 'normas alterativas' de derechos pertenecen a una categoría de normas peculiares, cuya funcionalidad es accesorio, alterando justamente los efectos normales, los poderes deónticos de las normas que establecen derechos²⁰. En este sentido, las normas alterativas son una expresión de la flexibilidad normativa, esto es, de la capacidad de un sistema jurídico de proporcionar soluciones normativas diferenciadas, moduladas por razones contextuales, frente a los mismos casos.

Creo que una sistematización básica de estas normas alterativas es una forma más adecuada de aproximarse a este problema cuando se trata de normas que establecen derechos. La sensibilidad al contexto de aplicación, con el fin de alcanzar un cierto grado de flexibilidad en la determinación del alcance y protección de los derechos, es su característica más relevante.

En este sentido, los instrumentos que consagran derechos establecen una gran variedad de normas que autorizan al Estado a interferir legítimamente con los derechos sin violarlos. Por ello se ha dicho respecto a los derechos que la situación es así: "lo que se da con una mano se quita con la otra" (Greer, 1997, p. 42). Esto es, lo que se da con una mano, consagrar ciertos derechos, se quita con la otra, permitir restricciones, limitaciones o excepciones a derechos.

Así, hoy prácticamente todos los sistemas de protección de derechos contemplan un sistema de restricciones, lo que ocurre tanto a nivel doméstico como a nivel supranacional. Existe un peligro real de que circunstancias indeterminadas o no previstas permitan exceptuar y cancelar o suspender su protección. Solo basta recordar el infame artículo 48 de la Constitución de Weimar, al que justamente los juristas del Reich echaron mano a fin de justificar el régimen de la Alemania nazi²¹.

Por ello, después de la Segunda Guerra Mundial existía una preocupación en los redactores de los instrumentos que consagraron derechos y en los juristas que les asesoraron, que trataron siempre de constreñir, precisar o especificar de la manera más clara posible la posibilidad de restringir derechos por parte del Estado²².

²⁰ Existen otras etiquetas que se han propuesto para englobarlas, como "cláusula de acomodación", "sistema de restricciones" o "cláusulas de escape". Sin embargo, prefiero usar la etiqueta "normas alterativas", que me parece más precisa, porque revela claramente de lo que se trata: de la relación que existe entre normas, unas que establecen ciertas soluciones normativas y otras que las alteran. Quien ha tratado en extenso el tema de las limitaciones es Alexy, quien las distingue de las restricciones. Véase Alexy, 1993, pp. 268-269.

²¹ La Constitución de Weimar contemplaba en su Artículo 48 lo siguiente: "Si la seguridad y el orden público al interior del Reich son severamente dañados o están en peligro, el presidente del Reich podrá tomar las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario. Para este propósito, podrá suspenderse temporalmente, totalmente o en parte, los derechos fundamentales proveídos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153". Valga como ejemplo, lo que contemplaba el artículo 114 de la Constitución de Weimar: "Los derechos del individuo son inviolables. La limitación o privación de la libertad individual es admisible solo si se basa en las leyes.

Las personas privadas de libertad tienen que ser notificadas, al día siguiente y con la autoridad más reciente, sobre la base de las razones por las cuales se ordenó la privación de libertad; inmediatamente se les debe dar la oportunidad de protestar contra la privación de libertad".

²² Por ejemplo, en el caso del CEDH, primero se adoptó una cláusula de limitación general por la Asamblea Consultiva, con fecha 30 de agosto de 1949 (véase, Consejo de Europa, 1975, p. 178); luego en la sesión del Comité de Expertos de fecha 6 de marzo de 1950, se decidió cambiar en la forma actual, pero con otro articulado (véase Consejo de Europa, 1976, pp. 280-294). Sobre esto se ha dicho que "[l]a principal razón para oponerse a la cláusula de derogación fue que algunas delegaciones consideraron que una cláusula general de limitación, o varias cláusulas de limitaciones en artículos específicos, podrían hacer el trabajo de la cláusula de derogación" (Oraá, 1992, p. 9).

En el mismo sentido, el Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH) contempla una norma semejante en su artículo 15, bajo la expresión ‘Derogación en caso de estado de excepción’²³, cuando en su número 1 señala:

“En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”²⁴.

Una definición más rigurosa de derogación en este contexto sería:

“El acto de un Estado que suspende la aplicación y disfrute de ciertos derechos humanos al declarar un estado de emergencia pública que afecta la vida de toda una nación. La derogación permite al Estado adoptar medidas para hacer frente a la emergencia sin temor a violar las normas de derechos humanos durante el período de excepción (Condé, 2004, p. 64)²⁵.

Así, lo relevante de la cancelación o la suspensión es justamente constreñir, precisar o especificar la posibilidad de restringir derechos, es decir, contemplar *prima facie* los poderes normativos fuera de ellas.

Por el contrario, la categoría excepciones es menos clara, en la medida de que ellas se confunden con otras categorías de normas. Así, en la doctrina constitucional se denomina delimitaciones a “situaciones que no se encuentran incluidas en el supuesto de hecho de la norma reguladora de un derecho” (Peces-Barca, 1995, p. 589). Esto con el fin de diferenciarlas de las limitaciones a derechos propiamente dichas.

Otro tanto ocurre con el sistema europeo de derechos humanos, donde es posible distinguir entre dichas delimitaciones y las excepciones propiamente dichas, aunque conviene realizar presiones previas, ya que estas últimas no serían, como se señaló en la sección anterior, meros elementos negativos de las normas.

²³ En la versión inglesa oficial del CEDH, el encabezado del artículo 15 es “Derogation in time of emergency”; del mismo modo, la versión oficial en francés, el artículo 15 lleva por encabezado “Dérogation en cas d’état d’urgence”. Por su parte, la traducción castellana oficial del texto del Convenio, disponible en el sitio web del Tribunal, titula al artículo 15 como “Derogación en caso de estado de excepción”. Así que, al menos en el contexto del CEDH, se debe preferir el uso de ‘derogación’ para referirse al mecanismo de suspensión de derechos en caso de estado de excepción, que se encuentra contenido en el artículo. Pero, en el contexto de este trabajo, he preferido referirme a dicho mecanismo como suspensión o cancelación, por ser para la teoría del derecho el término más adecuado. Véase Moreso y Vilajosana, 2004, p. 120.

²⁴ El número 3 establece la obligación información, justificación y temporalidad de la adopción del régimen de derogación bajo el sistema del CEDH. El número 2 señala los derechos inderogables: el derecho a la vida (recordemos que se debe considerar lo señalado en el Protocolo No. 6, que abolió la pena de muerte en tiempo de paz, y el Protocolo No. 13, que lo hizo en toda circunstancia, prohibiendo en su artículo 2 cualquier derogación de esta prohibición); la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud o servidumbre, y la prohibición de condena sin delito o de pena más gravosa. A ello debe sumársele lo señalado en el Protocolo No. 7, que en su artículo 4 señala que no es derogable el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces.

²⁵ Este sería el caso, *mutatis mutandis*, de los derechos no-absolutos, de lo que Feinberg denominaba “renuncia temporal de derechos”. En el ejemplo, tomado de Don E. Scheid, del rito veraniego tribal, donde “Durante una hora cada hombre es cazador y presa. Durante ese período de tiempo el derecho normal a la vida se suspende para todos los participantes voluntarios. De hecho, cada uno de ellos ha renunciado a la protección de ese derecho durante un período de tiempo determinado, sin posibilidad de recuperarlo hasta que haya transcurrido el tiempo y el juego haya terminado. Cada jugador libera así a todos los demás jugadores de su obligación normal de no matarlo” (Feinberg, 1978, p. 117).

Así, en el caso del CEDH, el denominado ‘sistema de restricciones’ contempla diversas categorías de normas que pueden afectar a los derechos. En general, se reconocen los siguientes tipos de restricciones: las generales, *v.gr.* los artículos 15 y 17-18 del Convenio que establecen cualificaciones generales sobre los derechos; los casos de derogación en estado de excepción, la prohibición del abuso de derecho y la aplicación de restricciones solo para los fines previstos, respectivamente; las cláusulas de limitación, *v.gr.* los artículo 8-11 del Convenio, artículos 2 del Protocolo No. 4 y 1 del Protocolo 7, y las limitaciones por delimitación, esto es, las que “delimitan el alcance de la protección de ciertos derechos y explícitamente se excluyen áreas específicas o personas del foco de la protección, o se ‘delega’ a las autoridades del Estado la responsabilidad de regular el ejercicio de ciertos derechos”, por ejemplo, los artículos 2(2), 4(3) o 12) (Van Dijk *et. al.*, 2006, pp. 333 y 342)²⁶.

Las cancelaciones o suspensiones (derogaciones) se encontrarían en las llamadas restricciones generales, mientras que las excepciones entre las llamadas delimitaciones. Veamos entonces algunos ejemplos en el sistema del CEDH.

El artículo 4 establece la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Se dice que solo el primer derecho no está cualificado, ni posee excepciones de ningún tipo ni se le aplica la derogación (cancelación o suspensión) del artículo 15. En cambio, el segundo derecho, la prohibición del trabajo forzado, sí las contempla, además de permitir su derogación (cancelación o suspensión bajo el artículo 15). En su número 3 contempla los casos que no se consideran trabajo forzado u obligatorio: a) el exigido normalmente a una persona privada de libertad; b) el servicio de carácter militar; c) el servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales (por ejemplo, vocal de mesa en elecciones)²⁷.

La práctica jurídica reconoce inequívocamente a los derechos establecidos en los artículos 8-11 como derechos que poseen cláusulas de limitación. Por ejemplo, el artículo 9(1) del CEDH contempla que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, lo que supone la “[l]a libertad de manifestar su religión o sus convicciones”. El artículo 9(2) contempla la siguiente cláusula de limitación: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del

²⁶ También se ha desarrollado una doctrina de las limitaciones inherentes, es decir, “restricciones a ciertos derechos del Convenio que no se consideran equivalentes a interferencias, debido a que ellas están arraigadas en el ámbito de la garantía de esos derechos”. No tienen un alcance general y se aplican sobre derechos específicos, por ejemplo, artículo 6(1) respecto del acceso al Tribunal y el artículo 3 del Protocolo No. 1 respecto del derecho a votar y a presentarse a una elección, que surgió desde la Comisión y que hoy cuenta con un respaldo minoritario, además, su aplicación queda excluida en el caso de los derechos que cuentan con cláusulas de limitación expresa, “sobre la base de que la posibilidad de restricciones legítimas sobre los derechos del Convenio están enumeradas de manera exhaustiva” (Van Dijk *et al.*, 2006, pp. 343 y 345).

²⁷ En el mismo sentido, el artículo 8 n° 3 PIDCP: “a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; c) No se considerarán como ‘trabajo forzoso u obligatorio’, a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”. Igualmente, el artículo 18 de la Constitución Española, que en su número 2 establece que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él” para, a continuación, establecer las excepciones: “sin consentimiento del titular o resolución judicial, y la contra excepción “salvo en caso de flagrante delito”.

orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”²⁸.

La clave está aquí en el tipo de norma que establece el derecho. Una de las diferencias es la formulación que adopta en el caso de uno y otro derecho. Mientras que, en el caso de los trabajos forzados, el derecho se establece en términos de una prohibición, es decir, el CEDH establece precisamente qué acciones están prohibidas, en el caso de la libertad de manifestar su religión o convicciones se identifican cosas abstractas a las que todos tienen derecho²⁹.

Estas diferencias de formulación son también relevantes, en el sentido de que las cláusulas de limitación y excepción guardan relación con la norma principal, la norma que establece el derecho, a la que se adscriben. Este criterio ayuda a comprender, en el caso de los derechos, cuándo nos encontramos frente a una excepción y cuándo frente a una limitación.

En el caso de los derechos establecidos en términos de prohibiciones, el legislador utiliza excepciones, a fin de que, con precisión, quede claro qué casos le interesa *prima facie* excluir en vez de incluir en la prohibición. Su adscripción a ciertos derechos indica que el legislador, específicamente, ha decidido dejar fuera ciertos casos que de otro modo caerían dentro de la prohibición que el derecho expresa. Este es el caso del artículo 4 del CEDH que establece los casos que no se considerarán trabajo forzado. Esta exclusión *prima facie* es relevante y debe ser tenida en cuenta por el intérprete, pero es relevante no por sí misma, sino por el tipo de norma que establece derechos a la que se aplica³⁰. Además, ello satisface el conocido requisito de la especificidad de las excepciones (véase Carpertier, 2014, p. 29).

²⁸ Dicho derecho, que también se contempla en el caso del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contiene en su número 3 la cláusula limitativa: “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

²⁹ Sobre esta distinción se ha dicho recientemente: “Al examinar los treinta artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se observan dos conjuntos diferentes de formulaciones empleadas por los redactores: ‘Todo el mundo tiene derecho a...’ y ‘Nadie debe ser...’. La primera formulación identifica algunas cosas abstractas a las que todos tienen derecho: libertad, vida, igualdad, libertad de religión, libertad de asociación, etc. La segunda formulación difiere por la identificación de alguna acción que está prohibida: una orden judicial contra un acto, una obligación de no realizar un acto determinado. La diferencia es significativa [...] Las mismas dos formulaciones son empleadas por el Convenio, con los mandamientos negativos desplegados con respecto a privar intencionalmente a otro de la vida, practicar la tortura, los tratos o penas inhumanas o degradantes; mantener a otro en la esclavitud o la servidumbre, someter a otros a trabajo forzoso u obligatorio, y encontrar culpable a otro de un delito retroactivo o imponer una pena penal retroactiva” (Webber, 2016, p. 2).

³⁰ Así lo ha dicho el TEDH recientemente en el caso *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, aplicación No. 18030/11, sentencia de 8 noviembre de 2016, donde el Tribunal ha clarificado el procedimiento general de interpretación del CEDH, estableciendo una especie de orden de prelación en el uso de las técnicas de interpretación, destacando primerísimamente la necesidad de seguir las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre los Tratados (artículos 31 a 33) y, por ende, la principal técnica de interpretación, la literal, como señala en el §463: “Por lo tanto, de conformidad con la Convención de Viena, la Corte está obligada a determinar el significado dar a las palabras en su contexto y a la luz del objeto y propósito de la disposición de la que se extraen”. Además se recalca la preeminencia del argumento *sedes materiae*, esto es, “cuando una determinada formulación normativa se interpreta atendiendo al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 169).

Por su parte, en el caso de los derechos establecidos en términos de derechos a cosas abstractas, el legislador utiliza limitaciones, ya que *prima facie* está reconociendo que incluye en la determinación de la protección de esos derechos conceptos morales densos, tales como salud, orden o moral pública³¹. Nuevamente, esta inclusión *prima facie* de dichos conceptos en la norma es relevante y debe ser tenida en cuenta por el intérprete al momento de su aplicación³².

Para desvincular la intención del legislador de la identificación de las excepciones y limitaciones, es preciso mostrar que lo relevante no es solo la intención del legislador de adoptar los derechos de tal manera, sino que sistemáticamente fueron establecidos de esa manera y que dicha sistematicidad se ve reflejada en la práctica jurídica.

El enfoque funcional renuncia a identificar a las normas alterativas en base a criterios estructurales. Trata de solucionar el problema del tránsito desde la identificación de cláusulas exceptivas o las cláusulas suspensivas hacia los efectos que ellas producen en las normas, las excepciones y suspensiones o cancelaciones a derechos. Ello, mediante el establecimiento de un criterio funcional: las normas alterativas afectarían diferentes aspectos de los derechos. Esta sería la característica común de todas ellas.

¿Cuáles serían estas normas alterativas en el caso de las normas que establecen derechos? Tomemos como ejemplo el sistema del CEDH. Según la dogmática, los elementos que alteran los derechos y que están contemplados en determinadas normas del CEDH serían:

³¹ Como señala Williams: “La forma en que se aplican estas nociones está determinada por cómo es el mundo (por ejemplo, por cómo se ha comportado alguien) y, sin embargo, al mismo tiempo, su aplicación generalmente implica una cierta valoración de la situación, de personas o acciones” (Williams, 2006, p. 129). Sobre los conceptos densos y su importancia para la interpretación constitucional, véase Moreso, 2000, pp. 109-110.

³² Pudiera pensarse en contraejemplos, como en la Constitución Sudafricana, donde su artículo 16 define la libertad de expresión en su número 1, a la vez que en el número 2 establece la siguiente norma: “El derecho en la subsección (1) no se extiende a (a) propaganda para la guerra; (b) incitación a la violencia inminente; o (c) la defensa del odio que se basa en la raza, la etnia, el sexo o la religión, y que constituye una incitación a causar daño”. ¿Cómo es posible que se adscriba funcionalmente una excepción, que *prima facie* excluye elemento de la norma, respecto de un derecho a algo abstracto como la libertad de expresión? La respuesta es que la Constitución Sudafricana adopta una cláusula de limitación general, donde sí se establecen los conceptos densos, a los que aludí antes, y que el juez debe tener en cuenta. Por lo tanto, la relación funcional entre cláusulas de limitación y excepción funciona de manera diferente, lo que no afecta mi argumento, ya que es plausible que a una norma se le adscriban ambos tipos de cláusulas, dado que ellas alterarían diferentes partes de la norma: la excepción el alcance y la limitación la extensión de la protección.

		RESERVAS	DEROGACIONES	EXCEPCIONES	LIMITACIONES
ALCANCE	TODOS LOS DERECHOS (menos no-derogables)	X	✓	X	X
	DERECHOS ESPECÍFICOS	✓	X	✓	✓
TIPO DE CIRCUNSTANCIAS	EXCEPCIONALES	X	✓	X	X
	NORMALES	✓	X	✓	✓
TEMPORALIDAD	PERMANENTES	✓	X	✓	✓
	TRANSITORIAS	X	✓	X	X
INTENSIDAD DEL CONTROL	CONFORMIDAD (más intenso)	✓	X	✓	X
	COMPATIBILIDAD (menos intenso)	X	✓	X	✓
DECLARACIÓN ESPECIAL	REQUIERE NOTIFICACIÓN	✓	✓	X	X
	NO REQUIERE NOTIFICACIÓN	X	X	✓	✓

En este sentido, se puede construir una definición tentativa de cada una de las normas alterativas que componen este sistema:

- (1) Reservas. Una reserva se establece *prima facie* y puede afectar *a priori* tanto el alcance como la extensión de la protección de un derecho, de manera específica y permanente, sustrayendo o agregando algún elemento de la norma que lo establece y solo con efecto parcial para el Estado que realiza la reserva.
- (2) Cancelaciones o suspensiones (derogaciones). Ella afecta *a posteriori* la protección de un derecho, de manera esencialmente transitoria, introduciendo unos elementos externos genéricos que el instrumento que establece derechos *prima facie* preselecciona y cuya calificación corresponde al tribunal.
- (3) Excepciones. La excepción está establecida *prima facie* en la adopción de la norma que establece un derecho y sustrae *a priori* del alcance o de la extensión de la protección de un derecho, de manera permanente y con efectos generales para todos, un determinado ítem que de otra manera debería entenderse incluido en ella.
- (4) Limitaciones. Una limitación agrega o introduce, *a posteriori*, a los elementos que configuran la extensión de la protección de un derecho, un determinado ítem, mediante una cláusula que indica en la norma una preselección *prima facie* de elementos constituidos por conceptos densos, que el Tribunal debe tener en cuenta al momento de calificar la limitación del derecho.

4. Conclusión

La reconstrucción sistemática de las normas alterativas permite, por una parte, señalar las semejanzas funcionales que existen entre las distintas normas que las componen, y por otra, mostrar de qué manera se produce la alteración que ellas comportan en los poderes normativos de las normas que establecen derechos.

Así, en el caso que nos ocupa aquí, y dejando de lado las reservas, cuya naturaleza, ya se dijo, es esencialmente apriorística, las limitaciones se distinguen de las cancelaciones o suspensiones (derogación), porque las cancelaciones son casos de suspensión de garantías por un tiempo acotado, transitoriedad que no poseen las limitaciones.

Por su parte, las limitaciones comparten con las cancelaciones una característica central, a saber, que ambas introducen una preselección *prima facie* de elementos que modulan la extensión de la protección del derecho, elementos que los tribunales deben calificar en casos concretos, esto es, tras la adopción de las normas contempladas en el instrumento de que se trate.

En el caso de las cancelaciones o suspensiones, dicha introducción *prima facie* de elementos preseleccionados se hace de manera específica, tal y como lo haría una excepción en la norma, pero con efectos temporales en la protección del derecho. En cambio, en el caso de las limitaciones, ella también se hace de manera específica, pero con efectos permanentes en la protección del derecho. En ambos casos, sin embargo, lo que se limita o cancela es la extensión de la protección de un derecho, lo que es especialmente relevante en el caso de normas que establecen derechos a cosas abstractas, cuya adopción incluye conceptos morales densos.

Finalmente, una excepción, entendida de la manera aquí propuesta, se establece *prima facie* en la norma y sustrae *a priori* del alcance o de la extensión de la protección de un derecho, de manera permanente y con efectos generales, un determinado ítem que de otra manera debería entenderse incluido. Por ello, lo que ella afecta es *a priori* el alcance de un derecho, lo que es especialmente relevante en el caso de las normas que establecen derechos adoptadas en forma de prohibiciones, las que buscan guiar de forma más directa el comportamiento de los destinatarios.

Esta semejanza funcional es la que ha llevado a muchos autores, dedicados a estudiar el sistema del CEDH, a confundir los distintos tipos de normas alterativas y a alentar una lectura superficial del CEDH en términos de que todas las restricciones serían una clase de excepciones y, por tanto, formas en que los Estados pueden incumplir o estar relevados de cumplir con sus obligaciones³³.

Solo en el contexto sistemático específico del tipo de norma de que se trate tiene sentido mantener la distinción entre excepciones, suspensiones o cancelaciones, y demás normas alterativas. Ellas resisten su conceptualización en abstracto, fuera de cualquier sistema de normas específico: hacerlo induce a equívocos, ya que se las confunde con situaciones anormales que desencadenan potenciales arbitrariedades; se alienta una lectura superficial de los instrumentos que establecen derechos, una que carece de un adecuado sentido de la realidad jurídica; y, finalmente, se desdibuja su importancia, ya que se desconoce su carácter como valiosas herramientas interpretativas que permiten obtener la suficiente flexibilidad que demanda el desarrollo de cualquier sistema normativo.

Bibliografía

- ADRADOS, F. (1990), *Líricos griegos. Elegiacos y yambógrafos arcaicos (siglo VII-V A.C.)*, Vol I (trad. F. Adrados), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- ALCHURRÓN, C.E. (1991), "Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas". En: BULYGIN, E. y ALCHURRÓN, C.E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 267-280.
- ALCHURRÓN, C.E. (2000), "Sobre derecho y lógica", *Isonomía*, No. 3, pp. 11-33.
- ALEX, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ANSUÁTEGUI, F.J. (1999), "El derecho como norma". En: PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y DE ASÍS, R., *Curso de teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp.147-173.
- ATRIA, F. (2001), *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford and Portland.
- BENTHAM, J. (2010), *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (ed P.

³³ Véase, por ejemplo, Borowski, 2000 y 2007; Grote, 2003; Higgins, 1978 y 1997; Van Dijk *et al.*, 2006.

- Schofield), Clarendon Press, Oxford.
- BOROWSKI, M. (2000), "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, No. 59, pp. 29-56.
- BOROWSKI, M. (2007), "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of The European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, No. 2, pp. 197-240.
- CARPENTIER, M. (2014), *Norme et exception. Essai sur la défaisibilité en droit*, Institut Universitaire Varenne, Paris.
- CONDÉ, H. V. (2004), *A Handbook of International Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press, Lincoln and London.
- CONSEJO DE EUROPA (1975), *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" / Recueil des "Travaux Préparatoires"*, Volume I, Martinus Nijhoff, La Haya.
- CONSEJO DE EUROPA (1976), *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights / Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Volume III, Martinus Nijhoff, La Haya.
- DANCY, J. (2015), "¿Qué es el particularismo en ética?". En: LUQUE, P. (ed.), *Particularismo*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, pp. 19-37.
- DIEZ-PICAZO, L.M. (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid.
- DUARTE D'ALMEIDA, L. (2015a), *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford University Press, Oxford.
- DUARTE D'ALMEIDA, L. (2015b), "Excepciones y superación". En: LUQUE, Pau (ed.), *Particularismo*, Madrid; Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons, pp. 133-150.
- DWORKIN, R. (2012), *Los derechos en serio* (trad. M. Gustavino), Ariel, Barcelona.
- FEINBERG, J. (1978), "Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 7, No. 2, pp. 93-123.
- FINKELSTEIN, C. (2000), "When the Rule Swallows the Exception", *Quinnipiac Law Review*, Vol. 19, No. 3, pp. 505-537.
- GÓMEZ, G. (1986), *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GREER, S. (1997), *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing Human Rights. Files No. 15, Strasbourg.
- GROTE, R. (2003), "Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el derecho europeo, con especial referencia al derecho alemán", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, No. 2003, pp. 83-108.
- HART, H.L.A. (1948-1949), "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 49, pp. 171-194.
- HART, H.L.A. (1997), *The Concept of Law* (2nd edition), Oxford University Press, Oxford.
- HIGGINS, R. (1997), "Introduction". En: GARDNER, J.P. (ed.), *Human Rights as a General Norms and a State's Right to Opt Out*. London, The British Institute of International and Comparative Law, pp. xv-xxix.
- HIGGINS, R. (1978). "Derogations under Human Rights Treaties". En: JENNINGS R.Y. and BROWNLIE, I. (eds.), *The British Year Book of International Law 1976-1977*, Oxford, Clarendon Press, pp. 281-320.
- HOLTON, R. (2002), "Principles and particularism", *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume*, Vol. 67, No. 1, pp. 191-209.
- HOLTON, R. (2010), "The Exception Proves the Rule", *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 18, No. 4, pp. 369-388.
- HONIG, B. (2009), *Emergency Politics. Paradox, Law, Democracy*, Princeton

- University Press, Princeton.
- HONORÉ, A.M. (1977), "Real Laws". En: HACKER, P.M.S. and RAZ, J., *Law, Morality, and Society*, Oxford, Clarendon Press, pp. 99-118.
- KELSEN, H. (1986), *Teoría pura de derecho* (trad. R.J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.
- LUQUE, P. (2015), "Introducción. El particularismo entre la guerra de los hechos y la paz de las reglas". En: LUQUE, P. (ed.), *Particularismo*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, pp. 11-17.
- MACCORMICK, N. (1995), "Defeasibility in Law and Logic". En: BANKOWSKI, Z. et al. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, pp. 99-117.
- MORESO, J. (2014), "Bentham's Deontic Logic". En: TUSSEAU, G. (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, London, Routledge, pp. 71 -80.
- MORESO, J.J. y NAVARRO, P. (1996), "Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche". En: P. COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, pp. 15-36.
- MORESO, J.J. y VILAJOSANA, J.M. (2004), *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- ORAÁ, J. (1992), *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford.
- RAZ, J. (1980), *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford.
- SCHAUER, F. (1991), "Exceptions", *Chicago Law Review*, Vol. 58, No. 3, pp. 871-899.
- SCHMITT, C. (1996), *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (trad. M. Herrero), Tecnos, Madrid.
- SCHMITT, C. (2009), *Teología política* (trad. F.J. Conde y J. Navarro), Trotta, Madrid.
- VAN DIJK, P. et al. (eds) (2006), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Fourth Edition), Intersentia, Antwerpen and Oxford.
- WEBBER, G. (2009), *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.
- WEBBER, G. (2016), "Proportionality and Absolute Rights". En: JACKSON, V. y TUSHNET, M. (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-24.
- WILLIAMS, B. (2006), "Chapter 7. The Linguistic Turn" and "Chapter 8. Knowledge, Science, Convergence". En: WILLIAMS, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Routledge, pp.120-131 y 132-155.

Presidencialismo*

Presidential System

Ana Catalina Arango Restrepo

Universidad EAFIT

acarangor1@eafit.edu.co

Recibido / received: 10/01/2018

Aceptado / accepted: 20/01/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4167>

Resumen

El sistema presidencial ha sido objeto de un intenso debate en América Latina, primero, por entender algunos que los regímenes de la región eran una copia “desviada” o “atrofiada” del modelo estadounidense y más tarde, por ser identificada esta forma de gobierno como uno de los factores que explicaba la caída en cadena de sus democracias. En esta voz se retoma el debate que abrió Linz en los años ochenta sobre el desempeño de los sistemas presidenciales, con el objeto de rescatar aquellos elementos que continúan siendo relevantes para acercarse al estudio del presidencialismo. A partir de las principales variables que, según esta discusión, sirven para determinar la posición que ocupa el ejecutivo en el entramado institucional, esto es, las facultades legislativas que la Constitución le otorga al presidente y la configuración del sistema electoral y de partidos, se recogen los elementos que permiten distinguir tres categorías dentro de los sistemas presidenciales: “hiperpresidencialismo”, presidencialismo “moderado” y presidencialismo “atenuado”.

Palabras clave

Formas de gobierno, gobernabilidad, variaciones del presidencialismo.

Abstract

The presidential system has been a subject of intense debate in Latin America, first because some authors claimed that the regimes in the region were a "deviant" or "atrophied" copy of the American model and later because this form of government was identified as one of the factors that explained the collapse of their democracies. This article examines the debate opened by Linz in the eighties over the performance of presidential systems, aiming to bring up some of the elements that are still relevant for studies over presidentialism. Taking into account the main variables that according to these debates determine the role of the government within the institutional framework, it distinguishes among three of its variations: "hyperpresidentialism", "moderate" presidentialism and "attenuated" presidentialism.

Keywords

Forms of government, governability, variations of presidential systems.

* Este trabajo hace parte de una investigación más amplia desarrollada por la autora en el GIDYJ y financiada por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República de Colombia (COLCIENCIAS), a través del Programa de Formación Doctoral en el Exterior (Convocatoria 617 de 2013).

Agradezco a los revisores anónimos y al Consejo de Edición de la revista *Eunomia* sus valiosos aportes que han enriquecido la versión inicial.



SUMARIO. 1. Sistemas presidenciales, parlamentarios y mixtos. 2. El sistema presidencial como “factor de quiebra” de la democracia. 3. Tres variaciones del presidencialismo.

1. Sistemas presidenciales, parlamentarios y mixtos

Las distintas alternativas institucionales para establecer una forma de gobierno se han definido a partir de los mecanismos que se utilizan para elegir la cabeza del ejecutivo y determinar su permanencia en el cargo. Siguiendo estos criterios una tipología clásica distingue entre sistemas presidenciales, parlamentarios y mixtos¹. En los primeros, el ejecutivo se instituye para un período fijo mediante el voto popular de un presidente en el que confluyen las calidades de jefe de estado y jefe de gobierno. La elección popular (directa o indirecta) le atribuye al presidente una legitimidad democrática que lo hace independiente del congreso y lo exime de responder políticamente frente a él, de manera que sólo en casos muy restringidos y contemplados en la ley, el presidente puede ser destituido y apartado del cargo (Loewenstein, 1949, pp. 451 y 452)². En los sistemas parlamentarios, en cambio, el ejecutivo es bicéfalo³. La función de jefe de estado es ejercida por un presidente o monarca –dependiendo de si se trata de una república o una monarquía–, mientras que la calidad de jefe de gobierno recae sobre un primer ministro o canciller. El jefe de gobierno, elegido por el parlamento y entre uno de sus miembros, deriva su legitimidad de la confianza del parlamento y, por tanto, la duración de su mandato está ligada al tiempo que logre retenerla. A diferencia de los sistemas presidenciales, en los parlamentarios la única institución que goza de legitimidad democrática directa es el parlamento. Mientras en los primeros existe entonces una clara separación de poderes, en los segundos el ejecutivo y el legislativo se confunden (Linz, 1994, pp. 5 y 6).

A esta definición pueden agregarse otros elementos que algunos autores han considerado indispensables. Para Shugart y Carey (1992, pp. 19 y 20), en los sistemas presidenciales el presidente debe tener reconocida en la constitución algún tipo de autoridad sobre la creación de la ley como, por ejemplo, el veto o la facultad de expedir decretos con fuerza de ley. Aunque este criterio no tiene que ver con la conformación del ejecutivo, un régimen que no le atribuya esta función estaría haciendo del presidente un “jefe del ejecutivo” en el más literal de los sentidos, esto es, un ejecutor de leyes que no tiene influencia alguna sobre su creación. Por el contrario, cuando se le reconoce dicha función, se garantiza que el programa de gobierno que ha recibido el respaldo popular a través de las elecciones pueda traducirse en la elaboración de políticas reales. Por su parte, Lijphart (1994, p. 93) identifica como una diferencia esencial el carácter unipersonal del ejecutivo en el

¹ Una explicación de las diferencias entre regímenes presidenciales, parlamentarios y mixtos puede consultarse en Cheibub (2007, pp. 26-48).

² Los sistemas presidenciales, señala Pérez-Liñán (2003, pp. 158-160), con frecuencia crean una “asimetría legal” en la resolución de los conflictos que surgen entre el ejecutivo y el legislativo pues, mientras la Constitución le otorga al congreso mecanismos institucionales para remover al presidente de su cargo como, por ejemplo, el juicio político o la declaración de incapacidad, el presidente, salvo raras excepciones, no tiene autoridad para disolver al congreso. No obstante, en Latinoamérica el ejecutivo se ha valido de tres mecanismos para conseguirlo: la intervención militar, la creación de normas constitucionales que lo autorizan a clausurar la legislatura y la convocatoria a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución (esta última modalidad fue utilizada por primera vez en Colombia en 1991 y repetida por Chávez en Venezuela en 1999).

³ Sobre esta definición que opone la dualidad del ejecutivo de los sistemas parlamentarios a la unidad de los presidenciales, Lijphart (2012, pp. 125 y 126) llama la atención para señalar que no puede ser entendida como una distinción esencial puesto que existen importantes excepciones en ambas formas de gobierno. Así lo evidencian los casos de Botsuana y Sudáfrica, repúblicas parlamentarias en las que el jefe de gobierno ejerce también funciones de jefe de Estado, y el caso de Israel, un sistema presidencial que funciona con un ejecutivo bicéfalo.

sistema presidencial y el carácter colegiado en el sistema parlamentario. Si bien el gabinete está integrado al ejecutivo en ambos, en el parlamentario el primer ministro forma un sólo cuerpo con el gabinete e incluso, en caso de que ocupe una postura de preeminencia, las decisiones que toma tienen un alto grado de colegialidad. En el sistema presidencial, en cambio, el gabinete está subordinado al presidente y cumple una función meramente consultiva. Esta lógica personalista, afirma Ackerman (2000, p. 660), no sólo se evidencia en la relación que construye un presidente con su gabinete sino también en la que sostiene con el congreso. En efecto, si para obtener la aprobación de una ley determinada el presidente debe pasar por encima de su partido y formar una coalición con la oposición, no tendrá reparos en hacerlo porque sabe que su permanencia en el cargo no depende de la confianza de su partido. Un primer ministro, que sí debe su puesto al partido, no se atrevería a impulsar un programa de gobierno al que éste se oponga. Al contrario, si oye voces de descontento, busca cooperar y establecer acuerdos con él.

Otras características del presidencialismo, ya no esenciales, se refieren a la imposibilidad del presidente de disolver el congreso, la potestad de nombrar y remover a los miembros del gabinete sin interferencia del poder legislativo y la prohibición de que sea de manera simultánea miembro de éste (Lijphart, 1994, pp. 99 y 100). Por su parte, en los sistemas parlamentarios la medida en que es compartido el poder puede dar lugar a distintas modalidades de parlamentarismo. Aunque en éstos por definición se excluye la concentración de poderes en cabeza de una sola persona, el primer ministro puede relacionarse con los miembros de su gobierno como “i) el primero por encima de iguales, ii) el primero entre desiguales, iii) el primero entre iguales” (Sartori, 2009, pp. 101 y 102).

Ahora bien, los sistemas presidenciales y parlamentarios pueden sufrir alteraciones en la forma en que se instituye y remueve al ejecutivo, así como en las facultades que se le otorgan. Los regímenes que surgen a partir de estos cambios pueden instituirse como formas de gobierno híbridas que combinan elementos de ambos. Las primeras caracterizaciones de los sistemas “semi-presidenciales” y “semi-parlamentarios” fueron hechas por Duverger (1980b, pp. 165-187) en un estudio comparativo entre el régimen de la Quinta República francesa –al que luego se añadieron los casos de Finlandia, Austria, Irlanda, Islandia y Alemania bajo la República de Weimar– y los demás sistemas políticos europeos⁴. A partir de esta investigación, Duverger concluyó que un régimen es considerado semi-presidencial si la constitución combina tres elementos: el presidente es elegido por sufragio universal, tiene poderes considerables y comparte el ejecutivo con un primer ministro que depende de la confianza del parlamento. De esta forma, el semi-presidencialismo supone una alteración del principio de separación de poderes que define a los sistemas presidenciales puros.

Estos son, a grandes rasgos, los elementos que definen las formas de gobierno arquetípicas. No obstante, cada sistema tiene sus particularidades y los arreglos institucionales que pueden pactarse en función del principio de separación de poderes y de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, son de enorme variedad. En los sistemas presidenciales, por ejemplo, pueden darse un gran número de combinaciones en la forma en que se elige al presidente, las condiciones de las que se hace depender su permanencia en el cargo, la posibilidad que se le otorgue o no de reelegirse (inmediatamente o en períodos alternos), la elección de un vicepresidente para sucederlo en casos extraordinarios, el nombramiento y rendición

⁴ Este artículo tiene origen en un estudio previo del mismo autor titulado “*Echec au roi*” (1978), en el que desarrolla por primera vez su concepto de “sistemas semi-presidenciales”.

de cuentas del gabinete, etc.⁵. Duverger, por ejemplo, diferencia entre “el régimen presidencial clásico”, desarrollado en los Estados Unidos a partir de la Constitución de 1787, y las “deformaciones presidencialistas, que se aproximan a las dictaduras” y que surgen de la importación que han hecho de éste los países de América Latina⁶. Así, para Duverger “[e]l presidencialismo constituye una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento de los poderes e hipertrofia de los poderes del presidente” (1980, p. 152). En este sentido, las instituciones presidenciales de algunos de estos países “subdesarrollados” funcionarían como “puro camuflaje” a dictaduras puras y simples, y en el mejor de los casos, como regímenes intermedios entre la democracia liberal y la dictadura.

Pero, si bien cuando se estudia el presidencialismo latinoamericano se le identifica sin mayores explicaciones con el presidencialismo “clásico” o se interpretan sus particularidades atribuyéndoles una exagerada distorsión, éste ha desarrollado características propias que resultan mucho más complejas que la simple afirmación de que se trata de un presidencialismo “deformado”⁷. La confusión surge, como bien advierten Cheibub, Elkins y Ginsburg (2013), debido a que esta tipología “clásica”, que diferencia entre sistemas presidenciales y parlamentarios, parte del supuesto de que la distinción entre ambos agrupa constituciones que tienen rasgos razonablemente homogéneos respecto a las relaciones que se establecen entre el ejecutivo y el legislativo, cuando en realidad la sistematicidad de los atributos que se predica de ellas no existe y las características que utilizan para distinguir los regímenes presidenciales de los parlamentarios, se encuentran indistintamente en ambos sistemas. Esta tipología clásica es incapaz, por tanto, de predecir las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, mientras que otros factores, como la región geográfica en la que se expide una constitución o el momento en que es escrita, sí son determinantes a la hora de predecir el diseño constitucional del sistema político y la forma en que se distribuyen los poderes entre el ejecutivo y el legislativo (Cheibub, Elkins y Ginsburg, 2013, p. 23).

Latinoamérica es un claro ejemplo del acierto de esta conclusión. En una investigación posterior, los mismos autores ponen en evidencia que, si bien los países latinoamericanos tomaron como modelo el sistema presidencial norteamericano⁸, muchos de sus rasgos han evolucionado a lo largo del tiempo dando lugar a nuevas modalidades de presidencialismo que guardan poca relación con el arquetipo norteamericano y que, sin embargo, son compartidas en buena medida por la región (Cheibub, Elkins y Ginsburg, 2011, pp. 24-25). Las constituciones latinoamericanas, señalan, convergen en una tendencia especialmente pronunciada a expandir las facultades del ejecutivo y, en particular, a dotarlo de amplios poderes legislativos, como la expedición de decretos, el ejercicio de poderes de emergencia y la iniciativa legislativa, tanto para adelantar reformas constitucionales como las leyes de presupuesto. Ninguno de estos poderes hace parte de las atribuciones del presidente norteamericano. De hecho, algunos de ellos son tomados de los sistemas

⁵ Estas variaciones son estudiadas con detalle por Shugart y Carey (1992, pp. 76-130). Para un estudio de los rasgos comunes y las particularidades del presidencialismo latinoamericano puede consultarse el artículo de Serrafro (1991, pp. 202-214).

⁶ Un estudio de las transformaciones que ha sufrido el modelo de frenos y contrapesos en los países latinoamericanos puede consultarse en Negretto (2003, pp. 41-76).

⁷ Una revisión histórica de la influencia que tuvo la Constitución de los Estados Unidos sobre el constitucionalismo latinoamericano, así como de las variaciones que éste ha experimentado puede verse en: Cheibub, Elkins y Ginsburg (2011, pp. 3-10).

⁸ Si bien no nos detendremos en este punto, conviene señalar que el proceso que dio lugar a la creación de las instituciones que caracterizan al presidencialismo norteamericano puede rastrearse en los debates que preceden a la expedición de la Constitución norteamericana de 1787 y que quedaron recogidos en los artículos federalistas y antifederalistas. Una reconstrucción de estos debates puede consultarse en Cueva Fernández (2011, pp. 340-379).

parlamentarios y no son comunes en el resto de sistemas presidenciales que existen fuera de la región. Para los autores esto sugiere que la adopción del presidencialismo en Latinoamérica no fue tanto el resultado de una apropiación mecánica de la Constitución estadounidense sino la adopción de una respuesta que los norteamericanos encontraron al mismo problema al que se enfrentaban los latinoamericanos al momento de su independencia, esto es, cómo establecer un ejecutivo nacional una vez que se ha removido al monarca (Cheibub, Elkins y Ginsburg, 2011, p. 14). A partir de entonces, el presidencialismo latinoamericano ha tenido un proceso de evolución en el que desarrolla características propias que son compartidas por la región y que se alejan del modelo que inicialmente le sirvió como referente⁹.

Autores como Negretto (2003, pp. 55-56, 62-63 y 71) han explicado esta desviación del modelo estadounidense en la necesidad de los países latinoamericanos de solucionar los problemas de parálisis y conflicto a que da lugar el principio de separación de poderes. Los cambios implementados se proponen, primero, reducir la posibilidad de que las ramas ejecutiva y legislativa representen intereses políticos distintos, para lo cual se han diseñado una serie de reglas electorales que facilitan el apoyo partidario del presidente en el parlamento, tales como la elección concurrente de presidente y congreso, la elección del presidente por mayoría relativa y la elección del congreso mediante fórmulas de representación proporcional con lista cerrada. Segundo, otorgar al presidente amplias facultades para promover cambios legislativos en caso de que no tenga un apoyo mayoritario en el congreso y, por último, mantener cierto grado de pluralismo representativo que, aunque en ocasiones puede dar lugar a gobiernos divididos, puede reducir las posibilidades de que las ramas se bloqueen entre ellas. De esta forma, advierte Negretto, los sistemas presidenciales latinoamericanos introducen figuras propias de los sistemas parlamentarios sin suprimir el principio de separación de poderes.

2. El sistema presidencial como “factor de quiebra” de la democracia

La transición a la democracia que experimentan de manera simultánea en los años de la posguerra algunos países de Europa, América Latina, Asia y África, así como el período de regresión al autoritarismo que sobreviene a esta segunda ola de democratización (Huntington, 1998, p. 26), renuevan el interés por el estudio de las condiciones que favorecen la consolidación de una democracia y los factores que determinan su ruptura. Sólo en Suramérica, entre 1958 y 1975, Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil, Bolivia, Perú y Ecuador sucumben nuevamente a la dictadura. Una parte de los académicos atribuía las fisuras de la democracia al sistema de partidos, al sistema electoral, a los conflictos socioeconómicos, la inestabilidad del gobierno, la desigualdad o la violencia. No obstante, con la circulación de los trabajos de Juan Linz a principios de los años ochenta, empieza a ganar fuerza un nuevo enfoque en la ciencia política que entiende que la estabilidad de una democracia estaría condicionada por la forma de gobierno que ésta adopte (Linz, 1994, pp. 3- 87)¹⁰.

La falta de estudios que se detuvieran en el análisis de los arreglos institucionales que convienen a una democracia preocupaba a Linz pues, advertía, ni todas las reglas y procedimientos democráticos son idénticos en su diseño, ni tampoco afectan de forma similar a todo tipo de sociedad, variando en función de sus

⁹ Para Nohlen y Fernández (1998, p. 112), el presidencialismo latinoamericano es un híbrido que resulta de la combinación de distintas doctrinas y procesos políticos. En efecto, señalan, en quienes protagonizan la emancipación y los primeros intentos de organización política confluyen las más variadas doctrinas y experiencias.

¹⁰ Este artículo circuló, aun sin ser publicado, desde 1984 y a partir de entonces ha sido ampliamente discutido.

condiciones sociales y económicas particulares¹¹. Para Linz, existen diferencias sustanciales en la estructura constitucional de los regímenes democráticos que determinan su estabilidad o quiebra, y que van más allá del sistema de partidos, el sistema electoral o de circunstancias de tipo político, económico, social y cultural. Dichas variaciones, dice, son de carácter institucional y surgen principalmente de los mecanismos que un régimen adopte para la conformación y rendición de cuentas del ejecutivo. Esta distinción da lugar así a dos clases de regímenes democráticos: el presidencial y el parlamentario, que, si bien abarcan un amplio rango de fórmulas, pueden agruparse y compararse de acuerdo a los elementos que comparten (Linz, 1994, p. 5).

La defensa de una supuesta superioridad del parlamentarismo estuvo fuertemente influenciada por la inestabilidad o la ruptura de un gran número de democracias latinoamericanas, que constituían la mayor parte de sistemas presidenciales existentes en el mundo¹². Mientras que en 1960 nueve de los diez países suramericanos de origen español eran regímenes democráticos, en 1973 sólo dos de ellos, Colombia y Venezuela, consiguen mantenerlo (Huntington, 1998, p. 32). Por el contrario, la mayoría de democracias que permanecían estables en el resto del mundo eran parlamentarias. Aparte quedaba el sistema norteamericano, cuyas particularidades –que no se replican en los demás regímenes presidenciales– hacían de él un caso de estudio aislado¹³. Contraponiendo entonces la caída en cadena de las democracias latinoamericanas a la estabilidad de las democracias europeas, Linz (1994, p. 18) lanza la tesis de que la forma de gobierno es la variable que explica su consolidación o quiebra.

En efecto, Linz señala al principio de separación de poderes, característica que define a los regímenes presidenciales, como la causa que imposibilita la solución a las crisis o bloqueos por carecer de mecanismos institucionales que impidan la ruptura de la democracia¹⁴. En los sistemas parlamentarios, en cambio, la

¹¹ A pesar de que Linz habla de una “ausencia” de estudios sobre el papel de las instituciones políticas, en realidad su trabajo rescata el enfoque institucional que la ciencia política había hecho a un lado. En efecto, señala Mainwaring, ya en los años cuarenta y cincuenta las instituciones políticas habían sido objeto de un intenso debate. Una recapitulación de éste puede consultarse en: Mainwaring (1990, pp. 159-164).

¹² No es extraño que la discusión sobre la gobernabilidad de los sistemas presidenciales en Latinoamérica hubiera girado en torno a la inestabilidad que surge a partir de la “pugna de poderes”, pues, advierte Pérez-Liñán entre los años 1950 y 2000 se registran, en dieciocho países, cuarenta y cinco casos de conflictos entre el presidente y el congreso que “alcanzaron un nivel de confrontación extremo”. Esto quiere decir que “[d]urante el último medio siglo, América Latina ha sufrido una crisis institucional producto de la pugna de poderes en promedio cada catorce meses” (2003, p. 150).

¹³ Si afirmamos que los sistemas presidenciales se quiebran, no por el contexto en que se insertan sino por fallas en su Constitución que los predispone a estas quiebras, se pregunta Riggs (1988, pp. 247-278), ¿qué es lo que hace que la Constitución norteamericana haya sobrevivido durante doscientos años? Para el autor, existen en el sistema norteamericano una serie de las prácticas “paraconstitucionales”, esto es, prescripciones que no están contenidas en la Constitución, o que estando contenidas en ellas su importancia no es lo suficientemente reconocida, que han permitido sortear las amenazas a que se enfrenta todo sistema presidencial como, por ejemplo, las confrontaciones entre el presidente y el Congreso, las parálisis de la Asamblea, el sostenimiento de un partido viable de oposición y la existencia de un árbitro que medie en los conflictos entre el presidente y el Congreso. Entre estas prácticas, el autor señala la figura de un presidente que no es en exceso débil ni tampoco fuerte, la disciplina de los partidos al interior del Congreso, la prioridad que dan los congresistas a los intereses de las circunscripciones locales que los eligen, la existencia de subcomités al interior del Congreso, la apatía de los votantes y el papel activo de la Corte Suprema como árbitro entre las dos ramas, entre otros.

¹⁴ Para identificar las “crisis presidenciales”, entendidas como los conflictos entre el ejecutivo y el legislativo que pueden desestabilizar el sistema, Pérez-Liñán propone un criterio que abarca aquellos episodios en los que “(1) el presidente desconoce la legitimidad del congreso; (2) el congreso amenaza con destituir al presidente; o (3) alguno de los dos poderes se inclina en favor de una intervención militar en contra del otro” (2003, pp. 151-152).

dependencia mutua del ejecutivo y el legislativo permitiría encontrar salidas previstas en la Constitución, como la moción de censura o el voto de confianza, que evitarían poner en riesgo la estabilidad del régimen. Aun cuando Linz (1996, p. 25) no afirma que esta forma de gobierno sea en sí misma incompatible con una democracia estable ni que bajo circunstancias extremas el parlamentarismo evitaría siempre su caída, sí observa ciertas tendencias o pautas repetidas en el derrumbamiento de algunas democracias, lo que pone en evidencia las herramientas defectuosas con que cuenta el presidencialismo para hacer frente a las crisis o bloqueos en regímenes que, en principio, tienen probabilidades razonables de subsistir¹⁵.

El argumento empírico que daba sustento al pesimismo en el sistema presidencial parecía estar de parte de Linz. No obstante, la debilidad de esta evidencia fue puesta de relieve por Shugart y Mainwaring (1997, pp. 12, 13 y 19). La comparación entre presidencialismo y parlamentarismo, señalan –el primero implementado en gran parte de los países de América Latina y África y el segundo en Europa occidental y en las colonias inglesas–, no parece plausible cuando los sistemas que se contrastan tienen profundas diferencias socioeconómicas y condiciones desiguales para la consolidación de una democracia. En estos casos resulta de enorme dificultad distinguir los obstáculos atribuibles a la forma de gobierno de aquellos que se derivan de factores socioeconómicos. De esta forma, el problema no sería el diseño institucional en sí, sino los países seleccionados para hacer la comparación.

Esta advertencia, sin embargo, pasó desapercibida para la primera generación de estudios que surge a partir del trabajo de Linz –incluidos en ella autores como Valenzuela, Riggs y Stepan–, que comparte la idea de que la forma de gobierno es el factor que explica la consolidación o quiebra de un régimen democrático¹⁶. Sus principales argumentos se centran en que las características inherentes al presidencialismo son responsables de la parálisis e ingobernabilidad de los regímenes latinoamericanos. En esta etapa, los autores llaman la atención sobre la urgencia de sustituir los sistemas presidenciales como única medida efectiva para evitar el retorno al autoritarismo (Valenzuela, 1993, pp. 3-16). De hecho, en algunos países latinoamericanos la discusión desembocó en la presentación de reformas políticas encaminadas a implantar sistemas parlamentarios o figuras híbridas¹⁷.

La tesis de Linz, sin embargo, recibió numerosas críticas que rechazaban la idea de que la forma de gobierno fuera suficiente para determinar la estabilidad o

¹⁵ Los principales peligros del presidencialismo para Linz son: la doble legitimidad democrática que le otorga al congreso y al presidente el ser elegidos por voto popular (1994, p. 6); el período fijo del mandato presidencial que impide que éste pueda ser removido de su cargo por causas políticas; el carácter sumacero de las elecciones (*winner-takes-all*) que supone que quien alcanza la presidencia obtiene el control total sobre la conformación del gabinete (Linz, 1990, pp. 55-58) y el que la elección directa del presidente permita el acceso al poder de candidatos que no tienen experiencia en política ni una trayectoria dentro de su partido, los llamados *outsiders*.

¹⁶ Una clasificación de las etapas u “olas” que ha experimentado la discusión reciente sobre el presidencialismo y el parlamentarismo puede consultarse en el artículo de Robert Elgie (2005). Si bien, como advierte el autor, estas etapas no son del todo secuenciales, resultan de gran utilidad para distinguir formas de acercarse a un mismo problema y registrar la transformación que éstas han sufrido a través del tiempo. Un recorrido de la evolución que ha sufrido el debate en Latinoamérica desde el año 1940, puede consultarse en el trabajo de Mainwaring (1990).

¹⁷ Varias reformas constitucionales, advierte Negretto (2009, pp. 46-48), mantuvieron la lógica del régimen presidencial, pero incorporaron figuras híbridas que fortalecieron el control del Congreso sobre los ministros del gabinete. En efecto, Constituciones que ya contemplaban la facultad del Congreso de controlar a los ministros la conservaron, como la de Ecuador (1978) y Perú (1979), y las reformas constitucionales de Bolivia (1995) y Uruguay (1996). Otras constituciones, como la de Chile (2005) la establecieron, o la extendieron, caso de El Salvador (1983), Nicaragua (reforma constitucional de 1995) y Paraguay (1992). Incluso algunas, como la de Colombia (1991), fueron más lejos otorgándole al congreso la facultad de destituir a los ministros.

caída de una democracia. En una segunda ola de estudios, autores como Shugart, Carey y Mainwaring señalan que aparte de la forma de gobierno existen otras variables que explican el derrumbe de una democracia, tales como el sistema de partidos¹⁸, el sistema electoral, las facultades del líder, etc. Además, la principal preocupación de esta segunda ola de estudios no se restringía al impacto que éstas pudieran tener sobre la estabilidad de una democracia, sino respecto a una variable más amplia: el buen gobierno (Elgie, 2005, pp. 110- 115). En todo caso, afirma Cheibub (2007, pp. 5 y 6), los estudios que siguen a los trabajos de Linz comparten una característica y es que, tanto si proponen sustituir el presidencialismo como si hablan de introducir correctivos a él, conservan implícita la idea de que el principio de separación de poderes, como rasgo inherente al presidencialismo, es el que mina la estabilidad de una democracia. De esta forma, entienden que el funcionamiento adecuado del sistema presidencial depende de la neutralización de este principio.

Pero, si en los años ochenta parecía claro que la mayoría de democracias estables eran parlamentarias, la evidencia empírica que podía dar credibilidad a la tesis de Linz ha desaparecido. De hecho, los regímenes latinoamericanos que sucumbieron al autoritarismo en la segunda contra ola, se instituyeron nuevamente como sistemas presidenciales en su retorno a la democracia y cuentan hoy, en su mayoría, con una trayectoria de casi tres décadas de democracia ininterrumpida¹⁹. El presidencialismo ha desafiado entonces los pronósticos de la comunidad académica, que advertían un retorno cíclico a las dictaduras militares, y continúa hoy sosteniendo regímenes democráticos pese a los altos índices de desigualdad y pobreza y a la tradición autoritaria que ronda a la región (Mainwaring y Hagopian, 2005, pp. 1 y 2). Además, si bien las “caídas presidenciales”²⁰ siguen siendo un fenómeno frecuente²¹, a partir de la tercera ola han dejado de estar encabezados por los militares y asociados a la quiebra de la democracia, son, por regla general, “cambios «dentro» del régimen, no quiebres del régimen” (Hochstetler, 2008, pp. 54)²². De hecho, advierte Pérez Liñán, el principal mecanismo constitucional que ha servido para resolver las crisis entre el ejecutivo y el legislativo durante los años noventa ha sido, ya no el golpe militar, sino el juicio político, de forma que las democracias “han generado una práctica que permite disolver el gobierno presidencial sin violentar el régimen presidencialista” (2000, p. 73). Como ejemplos, el autor cita los juicios que dieron lugar a la destitución de los presidentes Fernando Collor (Brasil, 1992), Carlos Andrés Pérez (Venezuela, 1993), Abdalá Bucaram, (Ecuador, 1997) y Raúl Cubas Grau (Paraguay, 1999), así como los intentos fallidos de destituir a los presidentes

¹⁸ Sobresale la tesis de Mainwaring (1990) según la cual el presidencialismo podría llegar a ser perjudicial para la consolidación de una democracia cuando se combina con un sistema multipartidista, aumentando el riesgo a medida que la fragmentación del sistema de partidos crece (Mainwaring, 1993, p. 199).

¹⁹ Un estudio detallado sobre los presidentes latinoamericanos que sí han tenido “mandatos interrumpidos” durante esta tercera ola puede consultarse en Valenzuela (2004). En 1992 se registra un autogolpe en Perú y en el 2000 y 2002 golpes militares en Ecuador y Venezuela, respectivamente. No obstante, estos casos son excepcionales y suponen un cambio en la tendencia en la región respecto de los años comprendidos entre 1950 y 1989, en donde la resolución de veinte de treinta y una crisis presidenciales, esto es, un 64%, estuvo determinada por los militares (Pérez- Liñán, 2003, p. 156).

²⁰ Hochstetler utiliza el término “caída presidencial” para referirse a la dejación del cargo por parte de un presidente electo antes de que termine su mandato “ya sea porque renunciaron o porque fueron expulsados por juicio político o por cualquier otra manera forzosa de renuncia. Los «desafíos» involucran acciones concretas para convencer a un presidente de que renuncie o para forzarlo a dejar su cargo” (2008, p. 54).

²¹ De los cuarenta presidentes suramericanos que fueron elegidos y ejercieron su mandato entre 1978 y 2003, dieciséis fueron desafiados para finalizar su mandato y nueve salieron antes de cumplirlo. En estos desafíos, Hochstetler identifica tres rasgos que se repiten: “las políticas económicas neoliberales del presidente, su involucramiento personal en escándalos y su estatus minoritario” (Hochstetler, 2008, p. 55).

²² Un estudio de las interrupciones presidenciales en un rango más amplio que incluye, además de América Latina, nuevas democracias en Europa, Asia y África, entre 1974 y 2003, puede consultarse en: Kim, Y. y Bahry D. (2008).

Alberto Fujimori (Perú, 1991) y Ernesto Samper (Colombia, 1995). Esta práctica ha derrumbado el principal argumento que justificaba la superioridad del parlamentarismo y determinar las virtudes o peligros de cada sistema es una discusión que cayó en desuso²³.

El posicionamiento de los regímenes latinoamericanos ha dado lugar así a una nueva generación de estudios que se propone demostrar que, desde el punto de vista institucional, tanto los sistemas presidenciales como parlamentarios son aptos para sostener democracias estables. Cheibub, por ejemplo, afirma que no son las características intrínsecas al presidencialismo, y dentro de estas la separación entre los poderes ejecutivo y legislativo, lo que propicia la quiebra de una democracia. Desde el punto de vista institucional, afirma, una democracia puede ser tan estable con un sistema presidencial como con uno parlamentario. La inestabilidad del presidencialismo, obedece a una causa exógena a éste y es que ha sido instaurado en países en los que cualquier forma de democracia estaría llamada a perecer, esto es, en países con tendencia a sufrir una dictadura militar. El autor encuentra así un vínculo entre la inestabilidad de una democracia y las condiciones que preceden a su instauración, y demuestra que las democracias precedidas por una dictadura militar fueron más propensas a quebrarse que aquellas precedidas por una dictadura civil. De esta forma, advierte, “es el nexo entre militarismo y presidencialismo y no, las características institucionales del presidencialismo, lo que explica los altos niveles de inestabilidad en las democracias presidenciales” (2007, p. 3)²⁴.

Estos nuevos estudios han supuesto un giro en el debate en el que ha perdido sentido el mero ejercicio de contraponer el presidencialismo a otras formas de gobierno y ha cobrado importancia estudiar las variaciones que experimenta y las implicaciones que éstas pueden tener sobre la estabilidad o consolidación de una democracia (Colomer y Negretto, 2005). De hecho, el presidencialismo no es una forma de gobierno unificada²⁵ y, atendiendo al grado de concentración de poderes que cada régimen político admita sobre el ejecutivo, así como al diseño del sistema de partidos y al sistema electoral, surgen distintas modalidades que a su vez tienen repercusiones muy variadas sobre la democracia (Mainwaring y Shugart, 1997, p. 463). Además, si bien pueden identificarse tendencias políticas compartidas en la región, existen profundas diferencias en la forma en que cada país ha definido el sistema presidencial y el grado en que cumple los estándares democráticos, pues, que al proceso de democratización de la tercera ola no siguiera un período de retroceso en cadena al autoritarismo no significa que todos ellos puedan ser considerados plenamente democráticos ni que hayan evolucionado en la misma dirección. Esta diversidad de sistemas políticos no sólo se evidencia comparando los

²³ No quiere decir esto que el debate sobre el efecto que tiene la forma de gobierno sobre la estabilidad de la democracia y la duración de los gobiernos haya concluido. Linares, por ejemplo, pone en duda el cierre de este debate y continúa sosteniendo la inferioridad del presidencialismo en su desempeño respecto al parlamentarismo, tanto en lo que se refiere a la generación de situaciones de bloqueo entre el ejecutivo y el legislativo, como a las interrupciones prematuras y la quiebra de la democracia. Para el autor, la “conexión plebiscitaria” entre el pueblo y el presidente y la “legitimidad dual” continúan dando lugar a tres consecuencias en los sistemas presidenciales: “1) la postergación prolongada del conflicto, 2) la imprevisibilidad de las salidas institucionales, 3) la legitimidad controvertida de las salidas institucionales” (Linares, 2011, p. 28).

²⁴ Para Cheibub, esta tendencia a que las dictaduras militares sean sucedidas por sistemas presidenciales sólo es clara en Latinoamérica. No obstante, resulta de gran interés la objeción que hace Linares a esta afirmación. Partiendo de los procesos de democratización africanos, Linares advierte “el legado militar torna inestable a las democracias porque las dictaduras prefieren los presidentes fuertes (en presidencialismos y semi-presidencialismos), que resultan, a su vez, un factor de inestabilidad durante periodos democráticos” (2011, pp. 22 y 23).

²⁵ En este sentido, advierte Lanzaro: “El presidencialismo latinoamericano circula por lo tanto a través de sendas sinuosas y diversificadas, con tipos de régimen y modos de gobierno distintos y mutantes, diferentes formatos de democracia y ciertas alternativas de pluralismo” (2003, p. 34).

países de la región o, incluso, de varios continentes, como se ha hecho con éxito en numerosos estudios (Lijphart, 2012; García Montero, 2009; Hochstetler, 2008, Pérez-Liñán, 2003). También en un mismo país se registran distintas formas de presidencialismo y grados diversos de “democraticidad” que saltan a la vista si se contrastan varios períodos²⁶. Profundizar en el conocimiento de los sistemas presidenciales exige así, como bien advierte Amorin (2006), centrarnos en nuevos problemas que pueden ser críticos para el desempeño de la democracia, aunque no impliquen su quiebra²⁷.

3. Tres variaciones del presidencialismo

Como se vio al inicio, los sistemas presidenciales y parlamentarios pueden sufrir profundas transformaciones dependiendo de los arreglos institucionales que pacte cada régimen para instituir y remover al ejecutivo. La alteración de estos elementos puede dar lugar a la formación de gobiernos híbridos. No obstante, no toda alteración amerita que un sistema político sea incluido en una nueva categoría. Sobre este punto, advierte Sartori (2009, p. 85), tanto los regímenes presidenciales como parlamentarios actúan de acuerdo a una “lógica sistémica”, de manera que los cambios que experimentan deben ser evaluados en función de si violan o no dicha lógica. Los sistemas presidenciales, dice Sartori, actúan de acuerdo a la lógica del principio de separación de poderes, “la separación consiste en «separar» al ejecutivo del apoyo del legislativo, mientras que compartir el poder significa que el ejecutivo se mantiene o cae, cuando pierde el apoyo del parlamento” (Ibid, p. 86). Los sistemas parlamentarios, por su parte, funcionan con una lógica inversa en la que el ejecutivo y el legislativo comparten el poder, dice el autor: “todos los sistemas que llamamos parlamentarios requieren que el gobierno sea designado, apoyado y, apartado, en caso de serlo, por el voto del parlamento” (Ibid, p. 101). En este sentido, si los cambios que sufre un sistema presidencial se mueven dentro de la lógica del principio de separación de poderes, el régimen resultante será tenido como una de sus variantes. Si, por el contrario, se sale de esta lógica, la reforma supone la implantación de una forma de gobierno híbrida.

Ahora bien, las variaciones que experimenta un sistema presidencial obedecen, principalmente, a un mayor o menor grado de concentración de poderes en cabeza del ejecutivo. Esta concentración está determinada tanto por las facultades que la Constitución le asigna al presidente como por el respaldo efectivo que éste consigue del congreso para sacar adelante su programa de gobierno (Lijphart, 2012, p. 127), es decir, lo que Shugart y Mainwaring llaman *constitutional and partisan powers over legislation* (1997, p. 51). En las primeras quedan inmersas el veto total, el veto parcial, la facultad de legislar mediante decreto, la iniciativa exclusiva sobre determinadas materias, la iniciativa presupuestaria y el poder para convocar referendos (Shugart y Carey, 1992). El apoyo del congreso, por su parte, está condicionado por el sistema electoral y de partidos, pues la consecución de una

²⁶ La “democraticidad” de un régimen político, advierte Andrea Greppi “es una cualidad gradual, que varía en función de que se cumplan, en mayor o menor medida, un conjunto de condiciones. Entre la democracia óptima y la peor de todas, puede darse un amplio abanico de situaciones intermedias. Pero esta gradualidad no significa que entre los distintos regímenes no puedan establecerse distinciones relevantes. Por grandes que sean sus defectos desde el punto de vista de la calidad, seguirá habiendo todavía una diferencia significativa entre la peor de las democracias y la mejor de las autocracias” (2014, p. 176).

²⁷ Nino, por ejemplo, advierte que aun cuando no se modifique el sistema presidencial podrían adelantarse algunas reformas como, por ejemplo, establecer la posibilidad de revocarle el mandato al presidente mediante iniciativa popular, medida que permitiría aliviar las tensiones políticas y desincentivar la tentación de romper las promesas electorales (1992, p. 56). Otras medidas adicionales, dice Nino, pueden ser: separar las elecciones de congreso y presidente, que el congreso y el poder judicial asuman las funciones absorbidas por el presidente sobre todo durante los estados de sitio, decretos de necesidad y urgencia e indultos etc.

mayoría depende tanto de los mecanismos que el sistema utiliza para convertir los votos en sillas como de la fragmentación y polarización del sistema de partidos, de la disciplina de los mismos, etc. (García Montero, 2009, p. 86).

Un sistema puede incluirse en la categoría de “hiperpresidencialista” cuando de los arreglos institucionales y la práctica política resulta la supremacía del poder presidencial sobre los demás órganos del Estado porque se concentran las funciones ejecutiva y legislativa en cabeza suya, de manera que el parlamento queda estrictamente subordinado a él²⁸. Este tipo de presidencialismo tiende a configurarse cuando la Constitución le asigna al presidente la facultad de intervenir en el proceso de creación de la ley tanto a través de poderes *proactivos* como *reactivos*²⁹. En efecto, el presidente reúne un gran poder si se le otorga la facultad de expedir decretos con fuerza de ley que le permitan modificar el *statu quo* sin necesidad de que medie la aprobación del congreso, así como si se le faculta para impedir la alteración de dicho *statu quo* otorgándole la iniciativa exclusiva sobre determinadas materias y para vetar la ley. Cuando se le otorga la facultad de vetar la ley, su poder será aún mayor si la Constitución exige al congreso una mayoría calificada para rechazar el veto o le permite al ejecutivo incluir modificaciones al proyecto objetado. Este poder continúa creciendo si se le atribuye alguna forma de control sobre la agenda del congreso, sea a través de la facultad de enviarle mensajes de urgencia para que dé trámite de forma prioritaria a un proyecto de su interés o de la de convocarlo a sesiones extraordinarias en las que sólo el ejecutivo puede establecer los temas a debatir. A esto puede añadirse, además, la facultad de disolver la asamblea, de elegir y remover libremente a los ministros sin intervención del congreso y la definición de la función de éstos más como la de un grupo de consejeros que como la de un órgano colectivo que comparte el poder ejecutivo, aunque su firma sea necesaria para refrendar algunos actos del presidente³⁰.

Estas facultades van acompañadas, en los sistemas “hiperpresidencialistas”, por la conformación de un congreso en el que el partido del presidente ocupa la mayoría de escaños. La consecución de esta mayoría se facilita cuando las elecciones a la presidencia y al congreso concurren en una misma fecha (Shugart y Carey, 1992, p. 207). Tener una mayoría, sin embargo, no es suficiente. Para conseguir la aprobación de su programa de gobierno e imponerse sobre el congreso, el presidente necesita que su partido sea disciplinado y actúe en bloque. Esta disciplina puede aumentar cuando las posibilidades de los candidatos de salir elegidos dependen de la reputación de la colectividad y no de su reputación personal (Carey y Shugart, 1994, pp. 420- 422). Las listas que se presentan a las elecciones deberán ser cerradas, de manera que sean los líderes del partido y no los electores los que determinen tanto el acceso al partido como el orden de las listas. Con este control de los líderes del partido sobre sus miembros, el ejecutivo puede contar con el apoyo constante de su partido y obtener de él la delegación de facultades

²⁸ Resulta de interés la categorización que hace Loewenstein (1949, pp. 452-459) del presidencialismo latinoamericano en: presidencialismos puros, presidencialismos atenuados y presidencialismos que se aproximan a formas de gobierno parlamentarias, dependiendo de si el gabinete comparte o no con el presidente el poder ejecutivo y de las facultades que se le otorguen al parlamento para ejercer controles sobre el ejecutivo.

²⁹ Los primeros, según Shugart y Mainwaring (1997, p. 41), permiten al presidente establecer o intentar establecer un nuevo *statu quo* mediante, por ejemplo, la tramitación de nueva legislación sin el consentimiento previo del congreso (iniciativa legislativa, mensajes de urgencia y decretos legislativos). Los segundos, en cambio, sólo le permiten defender el *statu quo* de los intentos de la mayoría legislativa de modificarlo (veto).

³⁰ Esta figura de los ministros como meros asistentes o consejeros que no comparten el poder ejecutivo es propia de los sistemas que Loewenstein (1949, p. 454) denomina *pure presidentialism* y que puede encontrarse en países como Argentina, Brazil, Mexico, Colombia, Ecuador y la mayoría de países del Caribe.

extraordinarias para legislar sobre determinadas materias, bloquear las iniciativas legislativas que no le convienen, impedir el rechazo de los vetos, determinar la composición de los demás poderes públicos influyendo sobre la elección de los cargos que le corresponde elegir al congreso y en síntesis, hacerse con las funciones del poder legislativo, bloqueando a su vez el control del poder judicial³¹.

Tal acumulación de competencias requiere, además, que el sistema de partidos no esté muy fragmentado. La fragmentación puede contenerse con un sistema electoral que establezca umbrales altos para impedir a los partidos pequeños obtener curules y que reduzca la magnitud de los distritos electorales (Lijphart, 2012, pp. 50-151). Pero, incluso un presidente que no tenga un partido mayoritario podría imponerse si logra formar coaliciones estables, en cuyo caso el sistema de partidos no puede estar muy polarizado (García Montero, 2009). De hecho, mientras más pequeña sea la distancia ideológica que separa su partido de los demás, mayores probabilidades tendrá de formar coaliciones o de hacer negociaciones concretas para completar sus mayorías (Sartori, 2009, p. 432). Asimismo, la indisciplina de los partidos de la oposición le facilita que algunos de sus miembros se unan de manera ocasional a sus iniciativas. Finalmente, la facultad de nombrar gran parte del aparato burocrático le otorga al ejecutivo un amplio margen para llevar a cabo negociaciones individuales con el congreso e incluso con el poder judicial³².

El presidencialismo puede “moderarse” cuando la función legislativa es restituida al parlamento y ejercida por éste. La concentración de poderes en cabeza del ejecutivo se reduce cuando el presidente, a pesar de tener reconocidas en la Constitución amplias facultades, no consigue hacerse con una mayoría en el congreso, bien sea porque el sistema de partidos está altamente fragmentado y no le es posible a su partido obtener la mayoría de curules o bien porque, aún si la consigue, su partido es tan indisciplinado que no actúa de acuerdo a sus directrices y descompleta permanentemente dicha mayoría. La elección del presidente en fechas distintas a las del parlamento puede facilitar esta situación de fragmentación, así como la eliminación de los umbrales que permita a un gran número de partidos acceder a él. Por su parte, la indisciplina es producto de un sistema de lista abierta en donde son los electores y no los líderes del partido quienes deciden su orden y de un sistema electoral en el que los votos que obtiene un candidato no se suman al resto del partido, sino que favorecen exclusivamente al candidato que los ha conseguido (Carey y Shugart, 1994). El sistema de partidos y el sistema electoral pueden moderar así el presidencialismo a partir de la fragmentación de los partidos, pero también, de una alta polarización que le dificulte al presidente acercarse a la oposición para formar coaliciones, siempre y cuando no se llegue al extremo de producir un bloqueo.

De igual forma, puede moderarse el presidencialismo cuando el ejecutivo cuenta con una mayoría en el congreso o con coaliciones estables que respaldan su

³¹ Quienes defienden el hiperpresidencialismo, afirma Gargarella, sobreestiman la capacidad que tienen los ciudadanos para controlar o sancionar los excesos del ejecutivo, insistiendo en los problemas que tendrían los controles legislativo y judicial por sus “insuficiencias informativas, problemas de coordinación y dificultades propias a la acción colectiva”. No sólo dejan de lado, afirma el autor, que estas mismas dificultades que se identifican en relación a los controles que pueden ejercer los poderes legislativo y judicial se exacerban cuando recaen en la ciudadanía, sino que además “subestiman u ocultan las capacidades del presidente para eludir los controles que se impongan y para socavar la autoridad de quienes pretendan limitarlo” (2014, p. 295).

³² Un interesante análisis sobre por qué el hiper-presidencialismo se aleja considerablemente de las exigencias de una concepción deliberativa de la democracia puede consultarse en Nino (1992). También sobre este punto advierte Gargarella que “el mayor poder político del ejecutivo, y las dificultades existentes para controlarlo, amenazan con quitarle todo valor al proceso de elaboración normativa. En efecto, es razonable temer que, dadas condiciones como las citadas, el poder ejecutivo tienda a imponer su voluntad desconociendo la opinión de la ciudadanía o el parlamento, aun en contra de las orientaciones de aquellos” (1997, p. 975).

gestión, pero no tiene asignadas en la Constitución facultades tan amplias como las que surgen a partir de la iniciativa legislativa exclusiva sobre determinadas materias, el veto de la ley, la exigencia de mayorías calificadas para rechazar el veto de la ley o amplias facultades para expedir decretos con fuerza de ley. Limitar al ejecutivo el poder de nombramiento también puede suponer un gran recorte de su margen de negociación con congresistas individuales y, por tanto, de su facultad para conseguir mayorías “aplastantes”. En los sistemas moderados, presidente y congreso guardan un equilibrio de poderes en donde si bien el presidente obtiene un apoyo del congreso que impide el bloqueo del sistema, éste tiene a su vez los controles que no le permiten a aquel imponerse³³.

Por último, el presidencialismo puede pasar a la categoría de “atenuado” si el ejecutivo no tiene amplias facultades establecidas en la constitución y tanto el sistema electoral como el sistema de partidos le impiden acumular un poder desbordado que le permita imponerse sobre el congreso, pero, sobre todo, si se dota al congreso de herramientas suficientes para resistir a las presiones del ejecutivo. Sobre este punto, advierte Nino (2003, p. 241), si bien el sistema presidencialista puro no establece coordinación alguna en la formación de los órganos ejecutivo y legislativo, el presidencialismo puede atenuarse si se le otorga al congreso la facultad de confirmar las designaciones que hace el ejecutivo y de censurar a los designados o, incluso, al presidente mismo. En este sentido para Loewenstein (1949, p. 454), el presidencialismo atenuado es aquel en el que el presidente comparte el poder ejecutivo con los ministros y estos son responsables, de forma individual o colectiva, ante el congreso. Así mismo, esta participación del poder ejecutivo se combina, en esta forma de presidencialismo, con la facultad del parlamento de requerir a los ministros para que asistan a las sesiones del congreso, de establecer comisiones de investigación, solicitar información o pedir explicaciones sobre las políticas implementadas. Para atenuar el presidencialismo deben configurarse los poderes del ejecutivo de forma que se incentive una relación de cooperación entre las ramas en lugar de una relación de confrontación, en la que se favorezcan dinámicas de diálogo y no de subordinación entre los distintos poderes.

La “atenuación” del presidencialismo es advertida por Marsteintredet en algunos sistemas presidenciales latinoamericanos que han experimentado un proceso de *parlamentarización*. Este fenómeno, que empieza a evidenciarse en la región a partir de la tercera ola, supone la utilización de mecanismos de interrupción presidencial que encierran nuevas formas de *accountability* hasta entonces desconocidas en los regímenes presidenciales (Marsteintredet, 2008, p. 32). En efecto, la permanencia en el cargo del presidente dejó de estar condicionada exclusivamente a la terminación del período establecido en la Constitución y empezó a sujetarse a la voluntad del Congreso y del pueblo. Tanto los procedimientos que el autor denomina de “flexibilización” –la renuncia presidencial y el juicio político– como los “cuasi parlamentarios” –la declaración de incapacidad del presidente, la renuncia mediante la convocatoria a elecciones anticipadas y la elección de un sucesor presidencial por parte del congreso, que equivaldrían, en el mismo orden, al voto de censura, la convocatoria parlamentaria a elecciones anticipadas y la investidura–, atenúan la rigidez que le otorga a los sistemas presidenciales la elección del ejecutivo por un período fijo³⁴. Estos mecanismos, propios de los sistemas parlamentarios,

³³ En la misma línea, Jorge Lanzaro (2003, p. 30) se refiere a dos categorías de presidencialismo, los “que operan en clave mayoritaria” y que resultan de un diseño institucional o de mecanismos plebiscitarios y los “presidencialismos moderados”, que pueden compararse con el modelo estadounidense y se caracterizan por “poderes repartidos y mejores equilibrios”.

³⁴ En un sentido similar advierte Hochstetler que “la flexibilidad institucional, a menudo lamentada, de los países sudamericanos podría estar produciendo su propio híbrido de parlamentarismo y presidencialismo

desdibujan el principio de separación de poderes que caracteriza al presidencialismo y lo dotan de herramientas para enfrentarse con éxito a las presiones y bloqueos políticos que antes de la tercera ola se traducían en un quiebre a la democracia (*ibíd.*, pp. 36 y 37).

Debe tenerse en cuenta, además, que el desplazamiento de un sistema presidencial hacia la categoría de “hiper”, “moderado” o “atenuado” no responde necesariamente a un cambio en el diseño institucional³⁵. Poguntke y Webb (2005, pp. 5-7) han llamado la atención sobre un nuevo fenómeno que resulta de gran utilidad para explicar estos desplazamientos, y es la posibilidad que tiene todo régimen político, presidencial o parlamentario, de moverse entre formas de gobierno en las que el poder ejecutivo es ejercido de manera altamente personalizada (*presidentialized*) o es controlado por los partidos políticos (*partified*). Y si bien el marco dentro del cual puede desplazarse cada régimen estaría determinado por criterios formales establecidos en la Constitución, la dirección de ese desplazamiento depende de otros factores subyacentes de tipo estructural o accidental, tales como cambios en el tejido social, en los medios de comunicación masiva o en el contexto político y la personalidad del líder, entre otros.

Existe así un espacio entre las normas y la práctica política que facilita ciertas variaciones en el sistema y que son inexplicables a partir de argumentos jurídico-constitucionales. Dentro de este espacio, Poguntke y Webb han identificado un proceso de *presidencialización* de algunas democracias, casi todas europeas, en donde el ejecutivo adopta comportamientos que obedecen a una lógica propia del sistema presidencial sin que éstos respondan a un cambio formal en la estructura del régimen³⁶. En estos casos se evidencia una personalización del ejecutivo producida por un incremento de las herramientas del líder para gobernar, una ampliación de su autonomía respecto de los partidos políticos y, en el proceso electoral, una sustitución del liderazgo del partido por el protagonismo de su figura individual³⁷. Este proceso supone una tensión entre el líder y los actores colectivos –el gabinete ministerial y los partidos políticos–, que finalmente se resuelve otorgándole al primero beneficios típicos de un ejecutivo unipersonal³⁸. El fenómeno de la *presidencialización*, sin embargo, no es exclusivo de los sistemas parlamentarios. Por el contrario, advierten

en la práctica, así como ha permitido crear una estabilidad inesperada de la democracia electoral básica en la región, incluso cuando presidentes individuales caen” (2008, p. 70).

³⁵ Partiendo de la tipología propuesta por Jorge Carpizo, Zovatto y Orozco (2008, pp. 18-31) hacen una clasificación de los sistemas presidenciales latinoamericanos según sean las atribuciones que cada constitución otorgue al presidente y la forma en que regule la responsabilidad política ministerial. Para los autores, harían parte del “presidencialismo puro” países como Brasil, Chile, Ecuador, Honduras y México. República Dominicana puede tenerse como una forma de “presidencialismo predominante”, mientras que Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Panamá y Paraguay quedarían incluidos en la categoría de “presidencialismos con matices parlamentarios”. Por último, harían parte del “presidencialismo parlamentarizado” regímenes como Argentina, Colombia, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela. No obstante, advierten, esta clasificación puede diferir de la propuesta de otros autores que, además del estudio de los textos constitucionales, utilicen criterios que tengan en cuenta la realidad política constitucional.

³⁶ Un interesante estudio comparado, que se opone a la tesis de que exista una tendencia generalizada hacia la presidencialización de estos regímenes, poniendo en evidencia algunos casos con tendencias mixtas o contrarias, puede consultarse en Karvonen (2010).

³⁷ Sobre el proceso de presidencialización de algunas democracias europeas puede verse también: Mughan (2000) y Garzia (2011).

³⁸ Sobre el fenómeno de la presidencialización en el caso español puede consultarse: Picarella (2009). A partir de un análisis del gobierno, los partidos políticos y las campañas electorales en el período comprendido entre 1975 y 2008, la autora encuentra que, si bien España tiene una fuerte tendencia a la presidencialización y la personalización del ejecutivo, sus características constitucionales pueden permitirle también reafirmar el poder del parlamento. Así las cosas, concluye, “se ha desarrollado un arreglo institucional flexible, en que la autoridad política puede moverse según la imprevisible evolución de las dinámicas de los partidos” (*ibíd.*, p. 540).

los autores, es dentro de los sistemas presidenciales que se realiza cabalmente. Este concepto puede ayudarnos a explicar por qué los distintos mandatos presidenciales que se ejercen en un sistema político determinado adoptan características tan diversas, a pesar de estar sujetos a unas mismas reglas de juego. La presidencialización puede dar lugar así a una variación en la forma de gobierno y producir el desplazamiento de un presidencialismo que por su diseño institucional sería “moderado” hacia un “hiperpresidencialismo”.

Consideraciones finales

El último año ha puesto en evidencia que los rasgos autoritarios que puede adquirir el presidencialismo están siempre latentes. Si bien los excesos de los ejecutivos latinoamericanos tendieron a explicarse en un diseño institucional defectuoso respecto del sistema norteamericano, también éste –que ha sido el referente de los países que apostaron por esta forma de gobierno en el resto del mundo– empieza a dar muestras de algunos de los problemas de los que hasta ahora parecía exento. En efecto, la expedición de un gran número de decretos en las primeras semanas de mandato de Donald Trump, que convierten en ley sus principales promesas de campaña³⁹, nos traslada de inmediato a la forma en que se ha ejercido el poder presidencial en América Latina. Este acercamiento a formas de gobernar que han sido típicas de los países de la región supone no sólo impulsar una agenda legislativa de forma unilateral, a pesar de tener una mayoría en el congreso que le permitiría aprobarla, sino además adoptar medidas que ponen en riesgo los derechos de una parte importante de la población, en especial de los grupos más vulnerables, en el caso de Estados Unidos los inmigrantes y las minorías musulmanas. Esta situación nos recuerda que los excesos del ejecutivo no pueden ser explicados únicamente a partir del diseño institucional. Incluso un cuidadoso sistema de frenos y contrapesos como el norteamericano se puede mostrar insuficiente en determinados momentos para revertir la tendencia que tiene el presidencialismo a concentrar poderes en cabeza del ejecutivo y a ceder a la tentación autoritaria.

De igual forma, el proceso de presidencialización que están experimentando los ejecutivos de algunos sistemas parlamentarios europeos y la reaparición de presidentes latinoamericanos que apelan a su popularidad para extender su mandato con la promesa de solucionar las crisis crónicas que enfrentan sus países, despiertan la alerta de que las debilidades del presidencialismo están lejos de ser superadas y exigen que volvamos a discutir los peligros o amenazas que suponen para una democracia el resurgimiento de ejecutivos que se arrojan de forma progresiva más poder y que empiezan a ubicarse por encima del parlamento.

Bibliografía

- ACKERMAN, B. (2000), “The new separation of powers”, *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 3, pp. 633-729.
- AMORIM NETO, O. (2006), “The Presidential Calculus: Executive Policy Making and Cabinet Formation in the Americas”, *Comparative Political Studies* Vol. 39, No. 4, pp. 415-440.
- CAREY, J. y Shugart, M. (1994). “Incentives to Cultivate a Personal Vote: A Rank Ordering Of Electoral Formulas”, *Electoral Studies*, Vol. 14, No. 4, pp. 417–439.

³⁹ The Guardian, “Donald Trump's first week: carnage, both real and imagined” Disponible en: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/28/donald-trump-first-week-news-review-executive-orders>, última consulta: enero de 2018. Ver también: BBC News, “What executive actions has Trump taken?”, Disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-38695593>, última consulta: enero de 2018.

- CHEIBUB, J. (2002), "Minority Governments, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies", *Comparative Political Studies* Vol. 35, No. 3, pp. 284–312.
- CHEIBUB, J. (2007), *Presidentialism, Parliamentarism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- CHEIBUB, J., ELKINS, Z. Y GINSBURG, T. (2011), "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 361.
- CHEIBUB, J., ELKINS, Z. Y GINSBURG, T. (2013), "Beyond Presidentialism and Parliamentarism", *British Journal of Political Science*, Vol. 44, No. 3, pp. 1-30.
- COLOMER, J. y NEGRETTO, G. (2005), "Can Presidentialism Work Like Parliamentarism?", *Government and Opposition* Vol. 40, No. 1, pp. 60-89.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2011), *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DUVERGER, M. (1980 [1955]), *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Traducción de Jordi Solé Tura, Ed. 6, Editorial Ariel, Barcelona.
- DUVERGER, M. (1980b), "A New Political System Model: Semipresidential Government", *European Journal of Political Research*, Vol. 8, No. 2, pp. 165-187.
- ELGIE, R. (2005). "From Linz to Tsebelis: Three Waves of Presidential/Parliamentary Studies?", *Democratization* Vol. 12, No. 1, pp. 106–122.
- GARZIA, D. (2011). "The Personalization of Politics in Western Democracies: Causes and Consequences on Leader–Follower Relationships", *The Leadership Quarterly*, Vol. 22, No 4, pp. 697-709.
- GARCÍA MONTERO, M. (2009), *Presidentes y parlamentos: ¿quién controla la actividad Legislativa en América Latina?*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.
- GARGARELLA, R. (1997). "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", *Desarrollo Económico*, Vol. 36, No. 144, pp. 971-990.
- GARGARELLA, R. (2014), *La sala de maquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1800-2010)*, Katz Editores, Madrid.
- GREPPI, A. (2014), "Calidad de la democracia", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 7, septiembre 2014 – febrero 2015, pp. 175-183.
- HOCHSTETLER, K. (2008), "Repensando el presidencialismo: desafíos y caídas presidenciales en el Cono Sur", *América Latina Hoy*, Vol. 49, pp. 51–72.
- HUNTINGTON, S. (1998 [1991]), *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Traducción de Josefina Delgado, Paidós, Barcelona.
- KARVONEN, L. (2010). *The Personalisation of Politics: A Study of Parliamentary Democracies*, ECPR Press.
- KIM, Y. y BAHRY D. (2008), "Interrupted Presidencies in Third Wave Democracies", *The Journal of Politics*, Vol. 70, No. 03, pp. 807-822.
- LANZARO, J. (2003), "Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina", En: LANZARO, J., *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales/CLACSO pp. 15-49.
- LIJPHART, A. (1994), "Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations", En: LINZ, J. y VALENZUELA, A., *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, vol. 1, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, pp. 91-105.
- LIJPHART, A. (2012 [2000]), *Modelos de democracia: formas de gobierno y resultados en 36 países*, Traducción de Carme Castellnou, Ariel, Barcelona.
- LINARES, S. (2011), "Treinta años del debate parlamentarismo-presidencialismo: un balance de las evidencias", *Revista Española de Ciencia Política*, No. 27, pp. 9-44.

- LINZ, J. (1996), *La quiebra de las democracias*, Traducción de Rocío de Terán, Alianza Editorial, Madrid.
- LINZ, J. (1990), "The Perils of Presidentialism", *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 1, 51-69.
- LINZ, J. (1994), "Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?". En: LINZ, J. y VALENZUELA, A., *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, vol. 1, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, pp. 3-87.
- LOEWENSTEIN, K. (1949), "The Presidency Outside the United States: A Study in Comparative Political Institutions", *Journal of Politics* Vol. 11, No. 3, 1949, pp. 447-496.
- MAINWARING, S. (1990), "Presidentialism in Latin America: a Review Essay", *Latin American Research Review*, Vol. 25, No.1, pp. 157-179.
- MAINWARING, S. (1993), "Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: The Difficult Combination", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 2, pp. 198-228.
- MAINWARING, S. y HAGOPIAN, F. (2005), "Introduction: The Third Wave of Democratization In Latin America". En: HAGOPIAN, F. y MAINWARING, S., *The third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-13.
- MAINWARING, S. y SHUGART, M (1997), "Juan Linz, Presidentialism and Democracy: a critical appraisal", *Comparative Politics*, Vol. 29, No. 4, pp. 449-471.
- MARSTEINTREDET, L. (2008), "Las consecuencias sobre el régimen de las interrupciones presidenciales en América Latina", *América Latina Hoy*, Vol. 49, pp. 31-50.
- MUGHAN, A. (2000), *Media and the Presidentialization of Parliamentary Elections*, New York, Springer.
- NEGRETTO, G. (2003), "Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina", *Revista Mexicana de Sociología*, Año 65. No. 1, pp. 41-76.
- NEGRETTO, G. (2009), "Paradojas de la reforma constitucional en América Latina", *Journal of Democracy en español*, No.1, pp. 38-54.
- NINO, C. (1992), "El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia", En: NINO, C. (ed.), *El presidencialismo puesto a prueba –con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano–*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 17-80.
- NEGRETTO, G. (2003 [1997]), *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona.
- NOHLEN, D. y FERNÁNDEZ M. (1998), "El presidencialismo latinoamericano: evolución y perspectivas". En: NOHLEN, D. y FERNÁNDEZ M., *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, pp. 111-125.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2000), "¿Juicio político o golpe legislativo? Sobre las crisis constitucionales en los años noventa", *América Latina Hoy*, No. 26, pp. 67-74.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2001), "Crisis presidenciales: gobernabilidad y estabilidad democrática en América Latina, 1950-1996", *Revista Instituciones y Desarrollo* No. 8 y 9, pp. 281-298.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2003), "Pugna de poderes y crisis de gobernabilidad: ¿Hacia un Nuevo presidencialismo?", *Latin American Research Review* Vol. 38, No. 3, pp. 149-164.
- PICARELLA, L. (2009), "Presidencialización y personalización en el sistema político español, 1975-2008", *Enfoques*, Vol. VII, No. 11, pp. 515-544.
- POGUNTKE, T. y WEBB, P. (2005), "The Presidentialization of Contemporary Democratic Politics: Evidence, Causes and Consequences". En: POGUNTKE, T. y WEBB, P., *The Presidentialization of Politics: a Comparative Study of Modern democracies*, New York, Oxford University Press, pp. 336-356.

- RIGGS, F. (1988), "The Survival of Presidentialism in America: Para-Constitutional Practices", *International Political Science Review*, Vol. 9, No. 4, pp. 247-278.
- SARTORI, G. (2009 [1976]), *Partidos y sistemas de partidos: marco para un análisis*. Traducción de Fernando Santos Fontela, Alianza Editorial, Madrid.
- SARTORI, G. (1994), *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry Into Structures, Incentives, and Outcomes*, New York University Press, New York.
- SERRAFERO, M. (1991), "Presidencialismo y reforma política en América Latina", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 8, pp. 195-233.
- SHUGART, M. y CAREY, J. (1992), *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamic*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SHUGART, M. y MAINWARING, S. (1997), "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate". En: MAINWARING, S y SHUGART, M. *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 12-54.
- VALENZUELA, A. (1993), "Latin America: Presidentialism in Crisis", *Journal of Democracy*, Vol. 4, No. 4, pp. 3-16
- VALENZUELA, A. (2004), "Latin American Presidencies Interrupted", *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 4, pp. 5-19.
- ZOVATTO, D. y OROZCO, J. (2008), "Reforma política y electoral en América Latina 1978- 2007: Lectura regional comparada", disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2527/6.pdf> (fecha de consulta: 16 de enero de 2018).

Juicio político (*Impeachment*)

Impeachment

Juan M. Mocoora*
Universidad Nacional de Córdoba
Universidad Siglo 21
jmmocoora@gmail.com

Recibido / received: 19/02/2018
Aceptado / accepted: 05/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4168>

Resumen

Este trabajo analiza las posibilidades del procedimiento de juicio político para hacer efectiva la responsabilidad política, particularmente en el caso de los jefes de Estado. Para ello, describe sus elementos estructurales y ofrece consideraciones generales sobre el mismo. Además, se propone una interpretación amplia según la cual, independientemente de las causas previstas por cada Constitución, es posible responsabilizar políticamente a los jefes de Estado en los sistemas presidencialistas. De tal modo, se propone una justificación del mecanismo según la cual este tiene como objetivo destituir a los funcionarios que cometieron ofensas y atentados contra la propia comunidad en el ejercicio de sus funciones y que se consideren abusos de poder o de autoridad. Esta interpretación disminuye las diferencias entre los regímenes democráticos presidencialistas y parlamentarios respecto a las modalidades de la responsabilidad política.

Palabras clave

Responsabilidad política, juicio político, régimen político, presidencialismo, jefe de Estado.

Abstract

This paper analyzes the possibilities for the impeachment to make political responsibility effective, particularly in the case of presidents. For that matter, it describes its structural elements and gives some general considerations. In addition, a broad interpretation is proposed, according to which, independently from the causes foreseen by each constitution, it is possible to hold presidents politically responsible. In this way, a justification of the mechanism is proposed, according to which its aim is to dismiss officials who committed offenses and attacks against the community itself in the exercise of their functions and that are considered abuses of power or authority. This interpretation diminishes the differences between the presidentialist and parliamentary democratic regimes regarding the modalities of political responsibility.

* Docente de "Derecho Constitucional" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, Argentina) y de la Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina). Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, Argentina). Máster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy por el Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Università Degli Studi di Genova (Génova, Italia). Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Tipo I "La Constitución Nacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Control de Constitucionalidad e Interpretación Constitucional", financiado por la Universidad Siglo 21. Agradezco especialmente a los dos árbitros anónimos de esta revista. Sus comentarios fueron muy útiles para aclarar el sentido del texto y mis propias ideas sobre el tema desarrollado.

Keywords

Political responsibility, impeachment, political regime, presidentialism, president.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 3. A modo de justificación. 4. Las formas de la responsabilidad política según el sistema institucional. 5. El *quid* del juicio político. 6. Ámbito de actuación: criterios restringidos, fronteras en expansión. 7. Conclusión.

1. Introducción

En la actualidad el juicio político o *impeachment* es una institución, característica del régimen presidencial, dirigida a hacer efectiva la responsabilidad política de determinados funcionarios. Básicamente, se trata de un procedimiento destinado a depurar los más altos cargos del sistema presidencial, pues su principal efecto es destitutorio.

En este trabajo analizo este mecanismo. En líneas generales, sostendré que el juicio político institucionaliza la responsabilidad política en el sistema presidencialista. Al contrario que lo que sostienen algunas voces críticas, argumentaré que es posible evaluar el compromiso de los más altos funcionarios con los objetivos de la comunidad política, de tal forma que su ámbito de actuación no se limite al juicio de delitos penales. Para ello, en primer lugar, efectuaré algunas consideraciones muy generales sobre el juicio político. Básicamente, describiré sus elementos estructurales: sujetos, causas, procedimiento y efectos. Después, describiré muy someramente una posible justificación del juicio político en el ámbito de una democracia deliberativa. Más tarde, vincularé la responsabilidad política y el sistema institucional. Finalmente, me adentraré en lo que llamo el *quid* del juicio político: la posibilidad de manipulación política de la institución. El texto concluye con una breve exposición de mi propia visión sobre el camino recorrido y un resumen de la posición asumida en este trabajo.

2. Consideraciones generales.

Las constituciones de regímenes presidencialistas, en su mayoría, establecen las características del juicio político y sus elementos configurativos. A tales efectos, con leves diferencias dependiendo de cada regulación constitucional, determinan: (i) los sujetos, (ii) las causas, (iii) el procedimiento y (iv) los efectos de la decisión adoptada en el marco del juicio político. Más allá de las características de cada regulación constitucional particular, es posible identificar los siguientes elementos característicos.

En lo que respecta a los sujetos, las constituciones presidencialistas coinciden en reservar este procedimiento para los funcionarios que ocupan los cargos de mayor responsabilidad en el Gobierno. Estos pueden ser cargos electos y no electos. En este sentido, el ámbito subjetivo del juicio político suele ser: presidente, vicepresidente, ministros y miembros de la Corte Suprema de Justicia. Además, la legislación infraconstitucional puede agregar algunos sujetos a esa lista. Por ejemplo, en el caso argentino, el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, aun cuando no están mencionados en la Constitución entre los sujetos pasibles de juicio político, la Ley N° 24.946 (art. 18) establece su posible destitución mediante juicio político.

En cuanto a las causas por las que algunos funcionarios pueden ser sometidos a este procedimiento generalmente existen dos variantes. Por un lado, se encuentran las acciones que deben considerarse típicamente configurativas de delitos penales. Por otro, las causas abiertas vinculadas al desempeño o la gestión del puesto. Así, podemos contraponer, por ejemplo, las regulaciones constitucionales de los Estados Unidos y de Argentina. El artículo 53 de la Constitución argentina prevé que el presidente, el vicepresidente, el jefe de gabinete de ministros, los ministros del Poder Ejecutivo y los miembros de la Corte Suprema pueden ser destituidos de sus puestos a través de este procedimiento “por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes”. La Constitución de los Estados Unidos, por su parte, establece las siguientes causas: “Traición, cohecho u otros delitos y faltas graves” (Artículo I, Tercera Sección, Cláusula Séptima). Sin perjuicio de lo que diré más adelante, adviértase que aquí no existe una cláusula destinada a evaluar la gestión —i.e. mal desempeño—, como en el caso argentino. El interrogante que puede formularse entonces es si, pese a ello, el juicio político o *impeachment* es un medio adecuado para hacer efectiva la responsabilidad política de ciertos y encumbrados funcionarios públicos; o si, por el contrario, solo puede tener una utilidad limitada, destinada a reprochar las conductas delictivas de esos mismos funcionarios (sean o no estas cometidas en el ejercicio de sus funciones).

En lo que se refiere al procedimiento que se debe seguir para decretar la destitución del funcionario, el juicio político ha sido desarrollado en sistemas de tipo presidencialista. Por lo general, este sistema adopta una forma bicameral para organizar el poder legislativo. De esta manera, es habitual que la responsabilidad de sacar adelante la acusación sea de la Cámara de Diputados —*House of Representatives* en los Estados Unidos—. Valga decir que esta potestad recae en los representantes del pueblo, mientras que la resolución —que puede ser destitutoria— recae en manos de la Cámara de Senadores —usualmente representante de los estados o provincias—. En cualquier caso, y dada la trascendencia institucional de la cuestión, siempre se exigen mayorías agravadas —usualmente, dos terceras partes de los miembros del Congreso—. Obviamente, la destitución de un funcionario por juicio político es una decisión institucionalmente muy costosa; por el tipo de consecuencias que acarrea, por los consensos necesarios para llegar a ella, etc.

Finalmente, las constituciones suelen determinar los efectos del juicio político cuando se resuelve en la destitución del funcionario. Por ejemplo, regulan de modo expreso si, además de la destitución, implica o no una inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos en el futuro.

Los detalles de cada una de estas cuestiones, como dije, son materia de regulaciones normativas específicas de cada sistema presidencialista. Por tanto, y dadas las pretensiones de este trabajo, me referiré sólo indirectamente a alguna de ellas en lo que sigue.

3. A modo de justificación

El *juicio político* en el régimen presidencial es una institución vinculada a lo que Judith Shcklar (1993) denominó “liberalismo del miedo”¹. Se trata de un mecanismo de *accountability* que busca prevenir, impedir o reprimir los abusos de poder. Lo que pretende, en última instancia, es un ejercicio de “control de daños” sobre la posibilidad de imposición de dolor sobre los ciudadanos o respecto de los intereses de la

¹ Para Shcklar (1993) el fundamento más profundo del liberalismo se encuentra en la convicción, nacida del horror de los primeros defensores de la tolerancia, de que la crueldad es un mal absoluto, una ofensa contra Dios o la humanidad.

comunidad. En suma, es “una manera de limitar los peligros inherentes de la sujeción política” (Waldron, 2016, p. 170).

Ahora bien, no debe subestimarse el nivel de crisis institucional que implica el choque entre el legislativo y el ejecutivo en caso de apertura del juicio político para un jefe de Estado. Se trata, como dicen Posner y Vermeule (2014, p. 68), de la “contienda constitucional más dramática”. Deben tenerse en cuenta, por tanto, los altos valores que el juicio político conlleva. Esta es una institución, un mecanismo o un procedimiento dirigido a hacer efectiva la responsabilidad política de los funcionarios de más alto nivel. Por ello, estamos ante una parte central del sistema de una democracia deliberativa, como afirma Sunstein (2001, p. 115). Esto es así puesto que, además de la misión esencial que desarrolla —destitución de un funcionario no deseado—, (i) asegura un proceso de reflexión amplio sobre la conducta y las acciones de determinados funcionarios públicos —i.e. los más altos—; (ii) exige razones públicas para evaluar su conducta; (iii) no deposita una responsabilidad tan importante en manos de funcionarios no democráticos, como podrían ser los miembros de la Corte Suprema o de un Tribunal con competencias constitucionales; y, además, (iv) reduce los efectos potencialmente adversos de la polarización de grupos (*ibid.*, p. 116).

Por otra parte, según Tribe (2000, p. 158), es posible identificar ciertas funciones típicamente políticas en su ejercicio: (i) purgar del Gobierno a un “elemento enfermo”; (ii) proteger al Gobierno de daños futuros; (iii) disuadir el comportamiento deshonesto de otros funcionarios; (iv) y restaurar la fe y la confianza pública en la integridad y legitimidad de sus políticos.

El punto a resaltar aquí es que, como quedará claro más adelante, el juicio político no está previsto para analizar la gestión ordinaria de determinados funcionarios (los de mayor rango). Al contrario, es un medio para proteger a la Nación de aquel que, de mantenerse en su cargo, constituiría un peligro para ella (Tribe, 2000, p. 155) al exponer a la comunidad a la generación de males inmediatos. Esto vale incluso para los casos en los que el procedimiento esté previsto para ser ejercido por causas vinculadas a conductas ilícitas desde un punto de vista jurídico-penal, pues su actuación no es coextensiva con la cuestión penal. Por tanto, es posible evaluar, a través del juicio político (aun en un sistema presidencialista), la conducta de los más encumbrados funcionarios públicos y su compromiso con el bienestar de la comunidad política. De ahí que, entonces, el juicio político sea una forma de hacer efectiva *lato sensu* la responsabilidad política.

4. Las formas de la responsabilidad política según el sistema institucional

Analíticamente, podemos identificar dos formas en las que la responsabilidad política puede hacerse efectiva: difusa o institucional. En el primer caso, simplemente estaremos en presencia de los juicios negativos que la ciudadanía efectúa respecto del comportamiento de sus funcionarios electos en el momento de ejercer el derecho al voto. En términos simples, a lo que nos referimos es a que, en las elecciones, una persona puede no votar a sus actuales autoridades. Esta variante es difusa porque no está colocada de modo predeterminado en manos de una institución específica encargada de hacer efectivos esos juicios negativos sobre la marcha de un gobierno. O, lo que es lo mismo, sobre la gestión de los asuntos públicos por parte de ciertos funcionarios. En el segundo supuesto, por el contrario, se reprueba a través de una institución estatal el ejercicio de la actuación del funcionario. De tal modo, puede exigirse la dimisión de su titular (Díez-Picazo, 1996, pp. 70-71).

Para algunos autores, los sistemas políticos contemporáneos pueden distinguirse por el modo en que implementan la responsabilidad política de sus

funcionarios más relevantes; en particular respecto de los jefes de Estado y de Gobierno. De ahí que concluyan que el modo institucional no es un elemento necesario en cualquier sistema político. Para Díez-Picazo, por ejemplo, sólo en el parlamentarismo existe una genuina responsabilidad política institucional (1996, pp. 70-71). Según su interpretación, por el contrario, en el presidencialismo únicamente existe una responsabilidad política difusa². Para estos autores, dado que el poder ejecutivo encuentra su fuente de legitimidad en el electorado y es designado por un mandato fijo y predeterminado, sólo sería responsable políticamente ante el pueblo, y no, por el contrario, ante el poder legislativo, de quien es absolutamente independiente y respecto de cuya confianza se encuentra desvinculado.

En el sistema parlamentario no existen limitaciones para hacer efectiva esa responsabilidad. Es más, el sistema institucional incentiva su ejercicio en caso de que la gestión del jefe de Gobierno resulte demasiado costosa para su propio partido. En efecto, las causas por las que se puede obligar a dimitir a un jefe de Gobierno son muy variadas; “la sustitución del primer ministro puede ser solo otra forma de implementar un cambio del gabinete en sistemas complejos; es decir, en sistemas multipartidarios extremos” (Pasquino, 2007, p. 51) El punto relevante no deja de ser que, en algunas ocasiones, el sistema pareciera favorecer su dimisión³. Levinson (2012, p. 155) sostiene acertadamente que esta circunstancia demuestra (i) que el primer ministro puede ser destituido de una manera relativamente sencilla, (ii) que este “hecho” no implica ninguna crisis institucional que suponga la caída del régimen y, finalmente, (iii) que el procedimiento normalmente es asimilado como una cuestión simple y sin estridencias.

Ahora bien, esto sólo puede ser así porque el sistema parlamentario institucionalizó la posibilidad de responsabilizar políticamente al jefe de Gobierno mediante la obligación a renunciar a su cargo. Además, el sistema adoptó una forma exitosa de disuadir los movimientos partidarios estratégicos que, ante cambios de mayorías circunstanciales, buscan la dimisión del primer ministro: el voto de desconfianza constructivo.⁴ Este arreglo desincentiva la posibilidad de generar una crisis de Gobierno “sin saber si, cuándo, quién y qué partidos podrían formar un nuevo gobierno” (Pasquino, 2007, p. 54) Pero, independientemente de esto, el punto relevante es que en los sistemas parlamentarios se institucionalizó la potestad del Parlamento de reemplazar al jefe de Gobierno para solucionar las crisis gubernamentales (Pasquino, 2007, p. 52). Y esto, en verdad, se encuentra desvinculado de la causa última de esa crisis, que puede ser la mera incompetencia,

² Una opinión coincidente puede verse en Dassen (2008). Este autor, si bien considera que el juicio político es un mecanismo de *accountability* (p. 389), no cree que se trate de un supuesto de responsabilidad política: “El procedimiento de juicio político es un proceso por el cual se juzga el comportamiento reprochable o delictivo del funcionario en cuestión... [para el que] debe haber una causa justificada para la remoción en el mal desempeño o en la posible comisión de delitos” (p. 392). También, en la dogmática constitucional argentina, Bidart Campos (1967, p. 380) mantiene esta posición. Para este autor, el juicio político no se denomina *político* “porque en él se acusa la responsabilidad política del presidente ante el parlamento —que en la forma presidencialista no existe—, sino porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar, sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictivo, sino una situación de gobierno inconveniente para el Estado. O sea, alejar del ejercicio del poder a quien es portador del mismo. Por eso, el juicio político termina y agota su objetivo cuando el funcionario se separa o ya no está en el cargo”. Véase, también, Tribe (2000).

³ Un caso citado usualmente en la literatura para demostrar este punto es el de Margaret Thatcher. Ciertamente se trató de una de las personas con mayor poder en la historia y la primera ministra de mayor duración en la historia de Inglaterra. Sin embargo, cuando sus decisiones políticas comenzaron a ser un lastre demasiado pesado para soportarlo por sus pares, fue destituida sin preámbulos. Sobre la relevancia de este caso, véase Levinson (2012)

⁴ Recuérdese que, según el sistema mencionado en el texto, un jefe de gobierno solo puede ser obligado a dimitir si una mayoría alternativa es capaz de mocionar y votar otra jefe de gobierno en su reemplazo en un determinado número de tiempo, que suele ser muy escaso. Por ejemplo, en el caso de Alemania será necesario que no transcurran más de 48 hs. Véase, Pasquino (2007) y Sartori (2005)

la comisión de delitos penales o, simplemente, el resultado de llevar adelante una pésima gestión.

Esta posibilidad, por otra parte, debe contrastarse con la facultad del jefe de Gobierno de disolver anticipadamente el Parlamento. La justificación última de esta potestad subyace en que, como dice Pasquino (2007, p. 75), un Parlamento paralizado puede tener graves consecuencias y puede ser “encomiable darle(s) a los votantes el poder de resolver conflictos políticos interpatidarios y quebrar el estancamiento institucional”⁵.

A partir de esto, debería quedar en claro que el concepto de responsabilidad política no es ajeno al marco institucional en el que se trate. Al contrario, se trata de un concepto relativo a una particular arquitectura institucional —i.e., presidencial o parlamentaria—. Las condiciones de aplicabilidad del enunciado de responsabilidad están entonces determinadas por ese entramado institucional.

Por otra parte, la responsabilidad política se caracteriza por dos apuntes que despiertan un particular interés. Por una parte, las condiciones de procedencia para aplicar una determinada sanción están predeterminadas por el sistema político. Dado que suele tratarse de principios no escritos y parcialmente indeterminados, se asemeja a la responsabilidad moral. Por otra parte, puede darse el caso que exista un supuesto de responsabilidad vicarial, en el sentido de que no es necesario que quien sea sancionado fuera quien efectivamente causó un daño o que haya estado en condiciones de impedirlo. Esto, en algunos supuestos, puede ser análogo a la responsabilidad jurídica; particularmente en los casos de la denominada responsabilidad objetiva, cuestión muy controvertida, por otra parte, en el ámbito del derecho penal.⁶

Así, en el presidencialismo, el medio específico y paradigmático de responsabilidad de los jefes de estado habrá de ser el *impeachment*, de origen anglosajón⁷. Aun cuando genealógicamente podemos encontrar sus orígenes en el sistema parlamentario inglés, en la actualidad su difusión es usual encontrarla en países presidencialistas. Por tanto, al analizar este instituto, debe considerarse el sistema institucional en el cual *encaja*. Determinar si el *impeachment* es funcional para responsabilizar políticamente a los jefes de Estado, por ejemplo, es una consecuencia de la interpretación de las causas que habilitan su apertura.

La diferencia en las formas de gobierno aquí es obvia. El sistema parlamentario convive con la responsabilidad política, pues el jefe de Gobierno depende de la voluntad y de la confianza del Parlamento para perdurar en su cargo. Por ello se ha dicho que “[u]na de las muchas aportaciones de la historia inglesa al bagaje conceptual del constitucionalismo moderno ha sido...la noción de que la legalidad no es el único criterio posible a la hora de enjuiciar o valorar las acciones de los gobernantes. Cabe también emplear el criterio de la oportunidad, que da lugar a una modalidad diferente de responsabilidad, denominada ‘responsabilidad política’” (Díez-Picazo, 1996, p. 69)

⁵ Pasquino (2007, p. 78) sintetiza el asunto del siguiente modo: los casos de disoluciones anticipadas que intentan formar un Parlamento capaz de desempeñar sus tareas...son mucho más frecuentes que las disoluciones hostiles por parte del primer ministro contra su propia mayoría o de quienes tienen por objetivo sacar beneficio de las dificultades de la oposición.

⁶ Sobre esto, véase Thompson (1999)

⁷ En el sistema parlamentario el voto de censura en manos del Parlamento, con sus diversas modalidades y tonalidades, es el instrumento idóneo para hacer efectiva la responsabilidad del jefe de Gobierno. La literatura sobre este punto es amplísima. Véase una correcta introducción a esta problemática en Sartori (2005).

A partir de esto podría decirse que el mecanismo del juicio político se sustenta sobre una paradoja: si bien históricamente tuvo su origen en el constitucionalismo inglés de tipo parlamentario, en la actualidad el *impeachment* es característico del presidencialismo⁸. Con respecto a la responsabilidad, dice Vanossi (1982, p. 99), el problema está situado en la aptitud de los medios, ya que el principio no se discute. Es decir, la dificultad consiste en determinar con claridad si el medio empleado (juicio político) puede ser instrumental para el logro de los objetivos deseados (responsabilizar políticamente a determinados sujetos).

En cualquier caso, el juicio político será un medio idóneo y eficaz para hacer efectiva la responsabilidad política de los jefes de Estado en caso de que estos cometan abusos en el ejercicio de sus competencias. Por supuesto, esto no puede ser entendido simplemente *qua* análisis reprobatorio de su gestión. Se requerirá de un *plus* cualitativo respecto de su obrar incompetente. Esto no es otro que el abuso de la posición o del cargo, en el sentido de que el mismo sea empleado para ejercer dominación sobre su comunidad.

Hasta aquí debería concluirse que existe una diferencia sustancial entre el presidencialismo y el parlamentarismo (en el sentido en que tienden a hacer efectiva la responsabilidad política de los jefes de Estado o de Gobierno), pero que, al mismo tiempo, este procedimiento no puede ser entendido para evaluar la gestión ordinaria del jefe de Estado. Aceptados todos estos puntos, surge la pregunta relevante: ¿cuál es el alcance del juicio político para lograr esa finalidad?

5. El *quid* del juicio político

La posibilidad de manipulación político-partidaria en el juicio político es obvia, más aún en los casos en los que una constitución se refiera a causas expresadas en términos imprecisos e indeterminados. El caso habitual lo encontramos en las constituciones que condenan a los funcionarios que hubieren cometido “mal desempeño”. No obstante, no existen parámetros objetivos para determinar cuándo estamos en presencia de una situación de este tipo. Considerar que una acción es susceptible de ser reprochada por esta causa es dependiente de un conjunto de creencias del cuerpo legislativo que harán las veces de criterio evaluador. El problema es que ese criterio es sumamente subjetivo y carece de parámetros claros y ciertos. Por tanto, determinar si cierto curso de acción —o una inexcusable omisión— es merecedora de reproche en términos de “mal desempeño” será una consecuencia de una decisión política.

Por supuesto, esto no implica que el Congreso pueda actuar arbitraria o irrazonablemente, en el sentido de adoptar una decisión, en un sistema presidencialista, que desoiga las mayorías electorales que apoyan, o apoyaron, al jefe de Estado. Ese respaldo, en verdad, ejerce una especie de “control social” sobre las interpretaciones que formulan los legisladores en el procedimiento de juicio político. Adviértase bien la relevancia de este punto. En este caso, aun cuando no estén dadas las condiciones necesarias y suficientes para efectuar un reproche asentado en consideraciones jurídico-penales y morales, el funcionario público podría ser reprochado políticamente. Es en este sentido que las posibilidades de evaluar la conducta de esos agentes públicos se multiplican desde un punto de vista moral, jurídico-penal y/o político. En cualquier caso, insisto, aun cuando no se den las condiciones necesarias y suficientes para hacer efectivos los dos primeros, el juicio político podría desarrollarse por razones de oportunidad.

⁸ Sobre este punto, véase Armagnague (1995) y Tribe (2000).

El siguiente ejemplo resulta paradigmático. Imaginemos un jefe de Estado que, *prima facie* al menos, es honesto y no percibe beneficios extrapositionales por el desarrollo de su cargo y que, sin embargo, se ve envuelto en un escándalo que ocasiona la apertura de un juicio político con el objetivo de obtener su destitución⁹. El escándalo se genera porque un trágico accidente ocasionó la muerte de casi doscientas personas. Las causas inmediatas de ese accidente fueron las propias víctimas. Mientras estaban en un recital de una banda de *rock and roll* prendieron fuego distintas véngalas en el interior de un local cerrado y con escasa ventilación. Tras este terrible suceso, se comprueba que el local ni estaba habilitado ni estaba en condiciones de aceptar un espectáculo de esas condiciones ni un público tan numeroso. También se comprueba que tanto los funcionarios encargados de habilitar las instalaciones de este tipo como los encargados de hacer efectivos los controles en cada uno de esos locales habían recibido beneficios económicos para relajar los controles y, en caso necesario, certificar falsamente que el estado de las instalaciones era óptimo.

En este contexto, cabe preguntarse cuál sería el fundamento de la responsabilidad del jefe de Gobierno en esa situación. Me resulta sumamente complejo pensar que puede tener algún tipo de responsabilidad moral en la muerte de estas personas. Lo mismo ocurre desde un punto de vista jurídico, pues de modo directo no tuvo ningún tipo de participación. No obtuvo beneficios económicos, no relajó los controles, no dejó de ejercer sus obligaciones y no tenía la responsabilidad primaria sobre el control de las causas inmediatas de la tragedia. Sin embargo, podría ser destituido por “mal desempeño”. Para eso, bastaría que el legislativo entendiese que la selección de personal idóneo y honesto es parte de la responsabilidad política del jefe de Gobierno, o al menos que este debía supervisar los controles necesarios para evitar esta situación (aun cuando la cadena de responsables jurídicos y morales sea tan larga)¹⁰.

Los reproches jurídicos y morales sobre las acciones de los funcionarios públicos pueden tener trascendencia institucional, aun cuando no se den sus condiciones de aplicación, si ellos pueden ser objeto de un juicio de carácter político (Mocoroa, 2014). Recuérdese en este punto, como sostiene Díez-Picazo (1996, p. 98), que “...[l]os hechos reprobables, la magnitud o intensidad de la sanción e incluso la decisión de poner en marcha los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política, dependen, por definición, de un juicio de conveniencia u oportunidad política; y éste es fundamentalmente subjetivo, ya que está en función de las convicciones y los intereses de cada uno. Por ello, lo que es razonable esperar o exigir de los gobernantes depende de las prácticas políticas o, si se prefiere, de las convenciones constitucionales imperantes en cada país”.

6. Ámbito de actuación: criterios restringidos, fronteras en expansión

Podría concluirse, a partir de lo expuesto hasta aquí, que el juicio político estará en condiciones de hacer efectiva la responsabilidad política de ciertos funcionarios, teniendo en cuenta las causas para iniciar este procedimiento indicadas por la legislación. En este sentido, por ejemplo, es posible que una constitución solo prevea como causa de destitución la existencia de determinados delitos penales (graves) — i.e. traición, cohecho, crímenes comunes, etc.—. En este último caso, la posibilidad

⁹ El caso no es del todo imaginario. Las propiedades fácticas esenciales se corresponden con el juicio político que culminó con la destitución del jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, en el año 2006. Véase la siguiente noticia: <https://www.lanacion.com.ar/786946-la-legislatura-destituyo-a-ibarra>

¹⁰ Particularmente, se considera que la responsabilidad política es, principalmente, una responsabilidad en el sentido de titularidad de una función pública, en la medida en que lleva aparejado un determinado deber de diligencia (Díez-Picazo, 1996, p. 78).

de utilizar instrumentalmente el *impeachment* para hacer efectiva la responsabilidad política de los funcionarios es más baja. Ciertamente, resultaría muy difícil entender que un jefe de Estado pueda ser juzgado políticamente por supuestas faltas graves en el ejercicio de su función cuando únicamente el procedimiento destitutorio se abre ante conductas delictivas. Sin caer en arbitrariedades obvias, es difícil aceptar que el poder legislativo actúe en el marco de sus competencias si la destitución tiene como condición la comisión de “delitos comunes” o “delitos cometidos en el ejercicio de la función pública”; y, sin embargo, emplea el mecanismo no para castigar por la comisión de un delito sino para evaluar su gestión. En síntesis, es necesario distinguir los supuestos en que las causas de apertura del juicio político se refieren a conductas que resultan subsumibles como delitos de índole penal y aquellos en los que se hace referencia a conceptos amplios, imprecisos e indeterminados destinados a evaluar la gestión de los funcionarios. A tales efectos resultan esenciales conceptos como “mal desempeño” o “mala administración”¹¹.

Las constituciones suelen emplear dos tipos de regulaciones para habilitar el procedimiento del juicio político en el sistema presidencial. Por un lado, se limita a describir causas identificadas con delitos penales. En este caso, las posibilidades de responsabilizar políticamente a los funcionarios, comparado con el régimen parlamentario, son o muy débiles o nulas. Esto es así porque las constituciones recurren a la descripción, como supuesto fáctico habilitante, de circunstancias que son objetivamente comprobables —i.e. genéricamente delitos—, lo que excluye o disminuye al extremo la posibilidad de interpretaciones discrecionales y amplias que permitan la inclusión de criterios de oportunidad en el desempeño de los funcionarios. Por otro, existen constituciones que, al momento de delimitar el campo de actuación de la institución —i.e., causas— se refieren a términos solo subjetivamente determinables —p. ej., “mal desempeño”, “mala administración”—¹². Mientras los delitos en ejercicio de la función o los crímenes comunes circunscriben la causa a una figura penal preexistente en la Constitución o en el código penal, el mal desempeño carece de un marco definitorio claro y preciso (Bidart Campos, 1967, p. 382); lo que no implica, sin embargo, que los miembros del Congreso no se encuentren obligados a tomar seriamente el texto de la Constitución, la historia y la estructura de la institución (Tribe, 2000, p. 153). Pero eso último solo implica que estarán inmersos en un determinado marco interpretativo, al que debiera agregarse el fabuloso control social que recaerá sobre esas decisiones interpretativas, dada la trascendencia institucional de sus consecuencias —i.e. destitución de funcionarios muy relevantes institucionalmente—.

Esta argumentación arroja dos consecuencias: una para las constituciones de un régimen presidencialista que incorporaron cláusulas abiertas como la descrita, y otra para las que no lo hagan. Respecto a la primera, aun cuando el sistema presidencialista establece un término fijo para el mandato presidencial, las posibilidades de hacer efectiva la responsabilidad política del jefe de Estado y obtener su destitución por incompetencia es muy fuerte. En este supuesto, entonces, las diferencias entre ambos sistemas en lo que se refiere a hacer efectiva esa responsabilidad, se debilitan fuertemente.

En lo que respecta a la segunda, las posibilidades de lograr ese objetivo disminuyen indudablemente. De ahí que, por ejemplo, Levinson (2012, p. 154) se

¹¹ Por ejemplo, Levinson (2012, p. 154) y Tribe (2000, p. 171) recuerdan que, en los debates en la convención constituyente del Estado de Filadelfia, George Mason propuso que en el listado de las ofensas enjuiciables se incluyera esta idea. Sin embargo, la propuesta fue rechazada después de que Madison sostuviera que un término tan vago sería equivalente a la fijación de un mandato que dependiera discrecionalmente de la voluntad del Senado.

¹² Véase Miller, Gelli y Cayuso (1987, p. 874)

pregunte: “¿por qué debería el pueblo estadounidense quedar atado a un presidente demostradamente incompetente porque, adoptando la famosa autodefensa de Nixon, no es un ‘ladrón’?” La interpretación común es que, dado que el presidencialismo establece un mandato fijo y rígido de un número *x* de años, “si el presidente fuera ‘solo’ incompetente... no existiría otra alternativa constitucional que permitirle cumplir sus funciones durante su mandato de cuatro años...” (Levinson, 2012, pp. 154 y 155).

En este supuesto, no obstante, existe un resquicio para interpretar un campo de acción amplio para el juicio político. Por supuesto, esto no significa que el Congreso tenga competencia, a partir de motivaciones partidarias, para juzgar al presidente por diferencias de políticas, de personalidad o de perspectiva (Tribe, 2000, p. 176). En efecto, como sostiene Tribe la Constitución “contempla claramente un enfoque más selectivo y legalista: uno en el que el Congreso determina, caso a caso, si una conducta específica se considera un delito o falta grave, definido de tal manera que incluya la traición, el cohecho y otras ofensas contra la república, típica pero no invariablemente perpetrado a través de abusos de poder graves (2000, p. 174)”. De ahí que, en cualquier caso, el Congreso podrá válida y constitucionalmente destituir al presidente cuando sus cursos de acción políticamente reprochables se traduzcan en subversiones del Gobierno constitucional o abusos graves de poder en el ejercicio de sus funciones. Siempre, por supuesto, deberá añadirse un criterio cualitativo en el análisis de esta temática. Las acciones deberán ser ostensiblemente graves. Sin embargo, para ello no será necesario que estemos en presencia de un delito, sino que, o bien los miembros del Congreso deberán acusar públicamente al jefe de Estado por, por ejemplo, traicionar los principios más elementales de la comunidad política o por establecer condiciones de dominación a sus conciudadanos, o, lo que es lo mismo, deberán defender públicamente que cometió acciones que, aun sin ser constitutivas de ilícitos penales, implican un abuso de poder en el ejercicio de sus funciones y somete a la Nación a sus intereses individuales en perjuicio del bienestar colectivo¹³.

7. Conclusión

En este artículo, he procedido a hacer un somero análisis de las cuestiones centrales del juicio político *qua* procedimiento dirigido a hacer efectiva la responsabilidad política de ciertos funcionarios. Mi intención era mostrar las alternativas interpretativas de la institución para mantener un resquicio que posibilite la consecución de dicho objetivo. Para ello, he descrito dos géneros de causas que habilitan la apertura del procedimiento. Como he explicado, las constituciones vigentes en sistemas presidenciales emplean esas dos variantes, mostradas a través de los casos de Estados Unidos y Argentina.

Tras esto, he intentado demostrar que las diferencias que *prima facie* resultan ostensibles entre el presidencialismo y el parlamentarismo en esta temática pueden ser disueltas, o al menos fuertemente disminuidas, según la interpretación del alcance de esas causas. A partir de lo que dije, debería quedar claro el riesgo de una interpretación amplia que permita su utilización como “arma política” en el peor de los sentidos (es decir, como un medio para destituir representantes electos popularmente). Como he constatado, no existen, en el sistema presidencialista, potestades adscritas al jefe de Estado que puedan ser utilizadas para impedir esta amenaza, o, al menos, para disminuirla.

¹³ Sobre la eficacia del juicio político para que el pueblo pueda desembarazarse de ciertos jefes de estado –en conjunción con diversas situaciones fácticas– y, como ello se contrapone a una tradición histórica en la que el instrumento fue considerado casi como no escrito en el texto constitucional, Vid. Perez Liñán (2009)

Existen, por tanto, dos situaciones incómodas en esta interpretación. Una de ellas partiría de la decisión de cerrar toda interpretación que potencie el objetivo de hacer efectiva la responsabilidad política de los jefes de Estado para no caer en la manipulación discrecional del poder legislativo. Ahora bien, esto tendría como consecuencia inescapable la no existencia, en el sistema presidencialista, de ninguna válvula de escape para librarse de funcionarios incompetentes, pero inocentes penalmente. Para limitar esta posibilidad busqué vincular las causas con el “abuso de poder escandaloso” (Sunstein, 2001, pp. 116, 119 y 123). A partir de esto, podría encontrarse una justificación común a ambos géneros de causas a las que me referí. Se trataría, en cualquier caso, de ofensas (serias y a gran escala) y atentados (serios y a gran escala) contra la propia comunidad, cometidos en el ejercicio de sus funciones, que supusiesen abusos de poder o de autoridad. De ahí que debiera excluirse el enjuiciamiento político de un jefe de Estado por conductas irregulares que solo atañen a su vida privada o que sólo suponen un ejercicio deficiente del cargo, sin que ellas supongan, por otro lado, un abuso ostensible de poder¹⁴.

Bibliografía

- ARMAGNAGUE, J. (1995), *Juicio político y jurado de enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional*, Depalma, Buenos Aires.
- ARMAGNAGUE, J. (2010), “Juicio político. Acusación”. En SABSAY, D. (dir.) y MANILI, P. L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, Tomo III.
- BIDART CAMPOS, G. (1967), *Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, Buenos Aires.
- DASSEN, N. (2008), “El juicio político en Argentina: su funcionamiento formal y en la práctica”. En: GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo I.
- DE FRANCISCO, A. (2005), “Para forzar a los gobiernos a responder”. En: BERTOMEU, M., DOMÈNECH, A. y DE FRANCISCO, A., *Republicanismo y democracia*, Miño y Dávila, Buenos Aires.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996), *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona.
- LEVINSON, S. (2012), *Nuestra Constitución Antidemocrática*, Juan González Bertomeu (trad.), Marcial Pons, Barcelona.
- MOCOROA, J. (2014), “El juicio político como ‘medida de salud pública’”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, Enero-Junio, pp. 123-149.
- O’DONNELL, G. (2007), *Disonancias. Cítricas democráticas a la democracia*, Jimena Rubio (Ed.), Prometeo Libros, Buenos Aires.
- PASQUINO, G. (2007), *Los poderes de los jefes de gobierno*, Luciana Gil y Martín Obaya (Trad.), Bonaniae Libris, Prometeo Libros, Buenos Aires.
- PEREZ LIÑÁN, A. (2009), *Juicio político y nueva inestabilidad política en América Latina*, Silvia Villegas (trad.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- POSNER, E. y VERMEULE, A. (2014), *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford.
- SARTORI, G. (2005), *Ingeniería Constitucional Comparada*, Roberto Reyes Masón (trad.), 3era. Edición, Fondo de Cultura Económica, México.
- SHCKLAR, J. (1993), “El liberalismo del miedo”. En: Rosenblum, Nancy L. (dir.), *El liberalismo y la vida moral*, Horacio Pons (Trad.), Nueva Visión, Buenos Aires, pp.

¹⁴ El ejemplo de Sunstein (2001, p. 128) es claro. Para él, el juicio político iniciado contra Bill Clinton resultaba directamente inconstitucional, pues uno de los principales cargos que se le achacó fue el de perjurio. Según su interpretación, constitucionalmente solo se admitiría recurrir a este tipo de procedimiento destitutorio si el alegado perjurio estuviera vinculado a acciones relacionadas con el ejercicio de sus poderes y competencias como presidente, pero no si ellas se refieren a un esfuerzo por encubrir una relación sexual ilícita.

25-42.

SUNSTEIN, C. (2001), *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, Oxford.

THOMPSON, D. (1999), *La ética política y el ejercicio de los cargos públicos*, Gabriela Ventureira (trad.), Gedisa, Barcelona.

TRIBE, L. (2000), *American Constitutional Law*, 3rd. Ed., Foundation Press, Nueva York, Volume One.

VANOSI, J. (1982), *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires.

WALDRON, J. (2016), *Political Political Theory*, Harvard University Press, Cambridge.

Referéndum

Referendum

Jorge San Vicente Feduchi
 Universidad Carlos III de Madrid
j.sanvicente@uc3m.es

Recibido / received: 30/01/2018
 Aceptado / accepted: 06/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4169>

Resumen

El referéndum, entendido como “la oportunidad de que los electores participen en el proceso de toma de decisión votando sobre una cuestión más o menos específica y determinada” (Uleri, 1996, p. 2), ha tomado históricamente infinidad de formas, con desenlaces diversos dependiendo del contexto en el que ha sido desarrollado. No obstante, tanto la proliferación como la relevancia que este mecanismo ha adquirido en las democracias contemporáneas plantean nuevas vías de estudio, entre las que se encuentra su potencial para encauzar una participación efectiva frente a su reducido uso tradicional como mero mecanismo de legitimación política. El artículo tiene como objetivo plantear las bases para la discusión del uso referéndum en relación a una concepción de la democracia que se extienda más allá de la lógica de la representatividad.

Palabras clave

Referéndum, democracia directa, democracia representativa, participación, representación, iniciativa.

Abstract

The referendum, understood as “the opportunity for electors to participate in a decision-making process by voting on an issue more or less specific and determined” (Uleri, 1996, p. 2), has historically taken an infinite amount of shapes, with diverse outcomes depending on the context in which it has taken place. However, the recent surge both in its use and its relevance in contemporary democracies raises new research lines, among which is its potential to channel an effective participation in contrast to its traditional use as a simple legitimization mechanism. The article’s objective is to set the foundation for a discussion on the use of referendums in relation to a conception of democracy that goes beyond the logic of representation.

Keywords

Referendum, direct democracy, representative democracy, participation, representation, initiative.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Origen y evolución del referéndum. 3. La historia de la democracia como una serie de “desafíos”. 4. La potencialidad del referéndum.



1. Introducción

“La democracia no significa, ni puede significar, que el pueblo gobierna de manera real. (...) La democracia simplemente significa que el pueblo tiene la oportunidad de aceptar o rechazar a los hombres que les gobernarán”¹ (Schumpeter, [1943] 2003, pp. 284-285). Este conocido pasaje del clásico *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, publicado por Joseph Schumpeter en 1943, expresa con crudo realismo lo que para muchos ha supuesto la manifestación práctica más extendida del ideal democrático de “gobierno del pueblo”. Durante los últimos dos siglos, la democracia ha conseguido, contra todo pronóstico, expandirse por todo el mundo en condiciones adversas y con extraordinaria rapidez (Dunn, 2005, p. 187). En este proceso de expansión sin precedentes, no obstante, el papel que debe otorgarse a los ciudadanos en la toma de decisiones políticas ha tomado diferentes formas, en lo que constituye una de las cuestiones centrales de cualquier teoría de la democracia. No pocos han criticado el hecho de que, a efectos prácticos, la mayoría de ciudadanos hayan visto limitada su aportación directa al gobierno de los asuntos públicos a la elección “libre y competitiva” de sus gobernantes, reduciendo su labor a “un papel pasivo, inactivo e incluso apático” (Crouch, 2004, p. 4). Desde este punto de vista, se trata de reivindicar lo que tradicionalmente se entiende como el origen de la palabra “democracia”: una forma de gobierno basada en la participación directa del ciudadano.

A grandes rasgos, el contraste entre ambas posiciones es muestra de lo que tradicionalmente se ha considerado una supuesta tensión insalvable (Dahl, 1998, p. 110) entre dos concepciones distintas de la manifestación práctica del ideal democrático: la democracia directa —frecuentemente calificada de no realista, sobre todo cuando un territorio excede un determinado tamaño y la toma de decisiones se complejiza— y la democracia representativa —que evidentemente contiene muchos más matices y versiones que la representada por el mencionado Schumpeter—. En esta lucha por la hegemonía teórica y práctica, la segunda ha salido inevitablemente vencedora. Sin embargo, esta aparente incompatibilidad entre los dos modelos es, en cierta manera, ilusoria, pues el hecho de que ningún sistema político actual pueda considerarse una democracia directa “pura” no quiere decir que no existan elementos en las democracias modernas que “desafíen” la lógica de la representatividad. Particularmente desde la década de 1970, han proliferado los discursos y técnicas participativas que critican los límites de las democracias representativas y liberales, apelando, con mayor o menor éxito, al carácter transformador de concepciones alternativas (e incluso “radicales”²) de la democracia (Bherer et al., 2016).

Comúnmente tratado como una forma de participación semidirecta, el referéndum tiene un recorrido histórico mucho más largo y variado que otros mecanismos de participación ciudadana, lo que dificulta su clasificación dentro del conjunto de instrumentos tradicionalmente asociados con la crítica a la representatividad. A día de hoy, tan solo cuatro países democráticos (Israel, India, Japón y EE. UU.) no han celebrado un referéndum a nivel nacional (Qvortrup, 2017, p. 3). Tampoco puede decirse, no obstante, que su uso haya sido siempre bienvenido en las democracias contemporáneas, pues al menos hasta la década de 1970, era ampliamente considerado como “un instrumento torpe e insatisfactorio y relativamente poco importante como contribución a la democracia política” (Smith, 1975, p. 294). Su auge en las últimas décadas, no solo en número sino también en importancia (Bjørklund, 2009, pp. 132-133), tampoco ha contribuido a generar un consenso sobre

¹ Todas las traducciones del inglés son del autor.

² Véase Mouffe, 1992.

la deseabilidad de su uso: las críticas hacia el referéndum no solo provienen de los partidarios de una democracia puramente representativa, sino también desde una visión participacionista de la democracia, la cual critica su carácter mayoritario o la facilidad con la que este es utilizado por las élites como instrumento para simplificar la complejidad de un asunto político a su favor (Lupia y Johnston, 2001, p. 207).

En efecto, existe una amplia variedad de argumentos tanto a favor como en contra de su uso³, cada uno con un número considerable de ejemplos empíricos a los que aferrarse. Decantarse por uno o por otro responde, como ocurre con cualquier discusión política, a preferencias específicas por ciertos valores políticos (Butler y Ranney, 1978b, p. 37). No obstante, el reciente incremento, tanto en número de experiencias en democracias contemporáneas como en la relevancia de las decisiones para las que se recurre a este mecanismo, levanta nuevas cuestiones sobre la utilización del referéndum. Si bien es imposible achacar a una sola razón este auge, parece difícil no relacionarlo en parte a una búsqueda de legitimación democrática ante el descenso de la confianza ciudadana en las instituciones políticas⁴ (van Reybrouck, 2017, p. 13). Esto plantea, sin embargo, un interrogante: ¿conserva el referéndum cierto potencial para “desafiar” efectivamente la lógica representativa dominante o se ha convertido, por el contrario, en un mero mecanismo legitimador del sistema representativo? Defendido y criticado a partes iguales por partidarios de lo que podrían considerarse como los dos espectros de la tensión *representación-asamblea*, el referéndum ha tomado históricamente infinidad de formas, con desenlaces diversos dependiendo del contexto en el que ha sido desarrollado. El objetivo de este artículo, lejos de pretender ser un relato exhaustivo de los diferentes usos y funciones del referéndum a lo largo de su historia, es el de plantear las bases de una discusión aún vigente en torno a las posibilidades que este presenta para extender una participación ciudadana real en contextos democráticos.

2. Origen y evolución del referéndum

Según David Butler y Austin Ranney, autores de uno de los primeros intentos de resumir la experiencia global con esta institución, el referéndum, “como medio para tomar decisiones de gobierno o para otorgar legitimidad a estas”, tiene una historia casi tan antigua como la democracia (1978a, p. 3). Su propia legitimidad como método apropiado de participación democrática, sin embargo, ha fluctuado durante gran parte de esta historia, pues en los dos últimos siglos ha sido utilizado tanto por regímenes democráticos como no democráticos, y de maneras muy distintas. Este uso variado ha dificultado conseguir una definición consensuada sobre qué supone exactamente el referéndum (siendo este además objeto de diversas disputas terminológicas respecto a su relación con otras palabras, como “plebiscito” o “iniciativa”⁵). Como de

³ Para un resumen detallado de los argumentos teóricos más comunes a favor y en contra del referéndum, véase Butler y Ranney (1978b).

⁴ Curiosamente, este descenso no se da al valorar la democracia “como sistema político”, lo que explicaría el interés de los actores políticos en recurrir a mecanismos de legitimación democrática (van Reybrouck, 2017, p. 11-16). Exista o no detrás de estas decisiones un compromiso real con la manifestación en un referéndum de la soberanía popular es un asunto que este artículo no puede alcanzar a responder. En este sentido, nos referimos de nuevo a Butler y Ranney (1978a) si se quiere encontrar una discusión extensa sobre las distintas razones por las que los referéndums son comúnmente convocados por los poderes políticos.

⁵ En efecto, no existe un consenso entre autores sobre qué término es preferible. Por ejemplo, el término “plebiscito”, que probablemente sea el más antiguo de los tres, tiene distintas connotaciones dependiendo del país en el que se utilice. En países como Francia e Italia, tiene generalmente una connotación negativa, siendo normalmente asociado a votaciones en contextos no democráticos. A su vez, algunos autores lo asocian a votaciones que conciernen exclusivamente asuntos de autodeterminación o de ámbito territorial (para ver las distintas acepciones del término “plebiscito”, así como una comparación entre los términos “referéndum” e “iniciativa”, ver Uleri, 1996, p. 2-6).

nuevo afirmaban Butler y Ranney, “las razones de cada referéndum, su trato por los políticos y los votantes, y sus consecuencias no parecen ajustarse a ningún patrón universal claro” (1978a, p. 18), una conclusión reiterada en estudios empíricos posteriores sobre su uso (Lijphart, 1984, p. 206; Butler y Ranney, 1994b, p. 258; Qvortrup, 2018, p. 31). No obstante, existen algunos elementos comunes que permitirían teorizar sobre el concepto de referéndum más allá de las experiencias históricas concretas (Butler y Ranney, 1978a, p. 18). En términos generales, el referéndum está caracterizado “por la oportunidad de que los electores participen en el proceso de toma de decisión votando sobre una cuestión más o menos específica y determinada”⁶ (Uleri, 1996, p. 2).

El primer uso conocido del término “referéndum” data de finales del siglo XVII, cuando en algunos cantones suizos el *Bürger* (conformado por aquellos ciudadanos varones mayores de 16 años) estaba llamado a votar sobre ciertas cuestiones sometidas a ellos *ad referendum*. No obstante, el historiador romano Tácito ya dejó evidencia del uso de “plebiscitos” entre tribus germanas, en los que “toda la comunidad” debatía sobre los asuntos más importantes (Qvortrup, 2017, p. 3). Otros autores se refieren a consultas con cierto carácter referendario en la Francia del siglo XVI, así como en otros cantones suizos. A pesar de ello, la mayoría coincide en que el origen del referéndum moderno se encuentra en el desarrollo de las instituciones de representación democrática a finales del siglo XVIII (Butler y Ranney, 1978a, p. 3-5). Las Revoluciones americana y francesa trajeron consigo los primeros ejemplos del referéndum como “mecanismo general de toma de decisión democrática” (Qvortrup, 2017, p. 3). Las votaciones populares en algunos estados de Estados Unidos para aprobar y modificar su Constitución o, en condiciones democráticas más dudosas, el uso de votaciones por parte de Napoleón Bonaparte para aprobar revisiones constitucionales o para la anexión de nuevos territorios conforman los primeros casos, aunque habría que esperar a finales de siglo XIX para que el desarrollo de mecanismos de votación a gran escala, como los registros electorales, facilitaran la tarea de llevarlos a cabo (Butler y Ranney, p. 5-7).

No obstante, salvo contadas excepciones en las que el referéndum ha llegado a institucionalizarse como un mecanismo de votación relativamente común (como es el caso de Suiza, donde se han celebrado prácticamente la mitad de los referéndums a nivel nacional), la mayoría de países lo han utilizado con una naturaleza *ad hoc*, con el objetivo de resolver cuestiones concretas (Butler y Ranney, 1994a, p. 1). Y es que durante la mayor parte del siglo XX, los gobernantes de países democráticos fueron reacios a convocar referéndums (Butler y Ranney, 1978a, p. 19), escépticos (como gran parte de los teóricos políticos) de la capacidad del pueblo de tomar decisiones informadas y racionales. Para Schumpeter, quien resumió concisamente la opinión extendida a mitad de siglo:

“...los votantes deben respetar la división del trabajo entre ellos mismos y los políticos a los que eligen. No deben retirar su confianza demasiado fácilmente entre elecciones

Dado que este artículo se centra en el uso del referéndum como medida de participación semidirecta en contextos democráticos, se priorizará el uso del término “referéndum” ante la alternativa “plebiscito”. En cuanto al término “iniciativa”, como se explica en la conclusión del artículo, se considera a esta como una “subcategoría” del referéndum que consiste en una votación “no controlada” que emana directamente de los ciudadanos.

⁶ La elección por esta y no otra acepción de referéndum responde al objetivo del artículo, que es el de evaluar las posibilidades que presenta el referéndum en contextos democráticos. A este respecto, merece la pena destacar que en ningún momento trata de oscurecerse el papel de los referéndums como mecanismo legitimador también en contextos no democráticos. Al contrario, el referéndum (o plebiscito) tiene una larga historia en estos regímenes que sin duda ha contribuido al debate sobre la deseabilidad de su uso. No obstante, creemos que su uso en estos contextos no resta relevancia a la pregunta que aquí trata de responderse.

y deben comprender que, una vez han elegido a un individuo, la acción política es asunto de este y no de ellos. Esto quiere decir que deben contenerse de dar instrucciones sobre lo que tiene que hacer.” ([1943] 2003, p. 295)

El hecho de que, en 1968, la edición revisada de la *Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales* eliminara su entrada sobre el referéndum no fue simplemente un hecho anecdótico. Entre 1920 y 1970, el uso de los referéndums decayó, como también lo hizo el interés que este suscitaba entre los académicos dedicados al estudio del comportamiento electoral (Bjørklund, 2009, p. 117). Qvortrup apunta al buen funcionamiento de los partidos políticos, que durante ese tiempo (al menos en las democracias occidentales de la época, a las que Qvortrup hace especial referencia) fueron suficientemente capaces de responder a las demandas de los grupos de interés a los que representaban. La demanda de referéndums, sin embargo, comenzó a ascender en el periodo de “desalineación”, cuando los partidos comenzaron a tener más dificultades (o a mostrar menos interés) para articular las demandas generadas en la periferia del sistema político (2018, p. 14). Esta dinámica, mediante la cual el sistema político ha recurrido al uso de mecanismos de democracia semidirecta para “liberarse” de presión política, se ha repetido en varias regiones y países en las últimas décadas (Altman, 2011, p. 198). No debería extrañar, por tanto, que diversos autores hayan dirigido su atención a la relación entre esta búsqueda de legitimidad en el referéndum y el surgimiento de la Nueva Política durante las últimas décadas (Bjørklund, 2009; Setälä, 2009; della Porta et al., 2017).

No obstante, como decíamos al comienzo, los referéndums han sido utilizados por motivos diversos, y desde luego no podemos achacar enteramente el reciente incremento en su uso a una fe desmedida en la democracia participativa. El referéndum ha sido en ocasiones duramente criticado por los defensores de la participación por ser, esencialmente, “el método de toma de decisión mayoritaria más extremo” (Lijphart, 2012, p. 221), así como por su riesgo de simplificar una decisión compleja en una respuesta binaria y de dinamitar la posibilidad de consenso. De igual manera, aunque inicialmente los referéndums fueron justificados como una capa más en el sistema de *checks and balances*, que impediría a las élites sacar provecho de su poder, muchos han criticado que el referéndum ofrece “la esperanza espuria de la ‘elección popular’, [cuando] en realidad son herramientas excelentes para que el Gobierno y los grupos de presión más influyentes adquieran legitimidad para una política determinada o una institución” (Hirst, 1988, p. 209). La influencia de las elites en las diferentes etapas de un referéndum es en efecto un factor a tener en cuenta al analizar su resultado; algo que, de hecho, ha recibido poca atención académica, sobre todo en comparación con la capacidad de los votantes de tomar decisiones competentes (y sus efectos) (Lupia y Johnston, 2001, p. 203).

Aun cuando muchos de estos argumentos puedan parecer meras simplificaciones (pues el estudio del uso del referéndum en combinación con otros métodos de participación y control⁷ abre la puerta aún más a la experimentación con este mecanismo), conviene tenerlos en cuenta a la hora de examinar los éxitos y fracasos del reciente “giro participativo”, así como para recordar que la mera inclusión de un mecanismo como el referéndum (como ocurre con otras formas de participación) no garantiza que la decisión tomada vaya a favorecer el beneficio colectivo. La expansión de la participación puede ser una fuente de renovación democrática, solidaridad y mejores decisiones, pero tomada de manera aislada, no tiene ningún contenido inherente (McQuarrie, 2013, p. 170). No obstante, no debemos olvidar que, fundamentalmente, “los referéndums desafían las asunciones básicas del

⁷ Por ejemplo, Lijphart destaca el carácter antimayoritario que el referéndum adquiere al ser utilizado como requisito para la enmienda constitucional (p. 221). Así mismo, más abajo hablaremos de la iniciativa popular como aplicación de los principios de la democracia participativa al uso del referéndum.

sistema probado y comprobado de la democracia representativa”, pues este devuelve al pueblo el poder de decisión anteriormente otorgado a los representantes electos (Qvortrup, 2018, p. 3). Es precisamente este potencial el que debemos tener en cuenta al reconsiderar su posible contribución a la democracia contemporánea.

3. La historia de la democracia como una serie de “desafíos”

Prácticamente cualquier teoría normativa de la democracia hace referencia, de una u otra manera, al elemento básico de la soberanía popular: incluso para aquellos que miraban a los votantes con escepticismo, lo que el término “democracia” significa es “que el pueblo posee el poder y gobierna con él” (Dunn, 2005, p. 51). Si uno indaga más en las distintas interpretaciones de la palabra, sin embargo, pronto observará que el consenso llega hasta ahí. Robert Dahl lo expresaba nítidamente en su libro *La democracia* (1998):

“Los veinticinco siglos durante los cuales la democracia ha sido discutida, debatida, apoyada, atacada, ignorada, establecida, practicada, destruida y, en ocasiones, restaurada, no parecen haber producido un entendimiento sobre algunas de las cuestiones más fundamentales sobre la democracia” (p. 3).

La democracia, dice Dahl, “ha significado diferentes cosas para personas diferentes en épocas y lugares distintos” (p. 3), lo que, para muchos, como el poeta T. S. Eliot, ha producido una pérdida de significado “al significar [la democracia] demasiadas cosas” (Eliot, 1940, pp. 11-12). Para el teórico político John Dunn, sin embargo, el problema no es tanto la diversidad de significados asociados a la palabra “democracia”, sino que, aunque su significado original se conserve “como idea política”, olvidamos que en origen la palabra democracia estaba destinada a describir una forma de gobierno concreta. La historia de la democracia, dice Dunn, es la historia de una palabra que ha conseguido establecerse como “fuente y encarnación del poder político en sí mismo” (2005, p. 17) y prácticamente hacerse con el monopolio de la descripción de un gobierno legítimo (*ibid.*, p. 187).

En su libro *Setting the People Free* (2005), Dunn recuerda que el nombre griego *demokratia* no estaba asociado a ningún fundamento de legitimidad; ni siquiera describía un régimen “definido por sus buenas intenciones o su misión noble” (p. 15). Su propósito era, simplemente, describir el sistema asambleario de la antigua Atenas, en el que todo ciudadano (a grandes rasgos, hombres adultos no extranjeros) debía poseer la misma oportunidad de participar en el gobierno de la ciudad (Ehrenberg, 1950, p. 515). La palabra conservó este significado incluso tras los casi dos mil años en los que la democracia prácticamente desapareció como forma de gobierno, superada, tanto a nivel práctico como teórico, por sistemas monárquicos o aristocráticos (Bobbio, 1989, pp. 145-146). No fue hasta las Revoluciones americana y francesa (y aún entonces, con notable dificultad) cuando la palabra *demokratia* comenzó a extenderse, no solo para referirse a un sistema de gobierno, sino también como nombre común (“demócrata”), adjetivo (“democrático”) o verbo (“democratizar”) (Dunn, 2005, pp. 14-17). Desde entonces, cuenta Dunn, la democracia, entendida ya no solo como una forma de gobierno sino también como un valor político, adquirió un momento político que ha durado hasta nuestros días. A raíz de esta expansión, su significado cambió: desde finales del siglo dieciocho, la democracia era entendida como “el derecho de la ciudadanía a participar en la determinación de la voluntad colectiva a través de la mediación de representantes electos” (Held, 2006, p. 94).

Ciertamente, resulta paradójico que la forma de gobierno que más rápidamente asociemos hoy en día a la palabra “democracia” fuese concebida en sus orígenes en oposición a esta (en su acepción de *democracia directa*), considerada inapropiada para el tamaño de las repúblicas modernas surgidas de las revoluciones

de final del siglo XVIII⁸ (Manin, 2006, p. 4). Pero la expansión global sin precedentes del entramado institucional de la democracia representativa en el último siglo resulta incontestable (Dahl, 1998, p.1), lo que ha tenido sus efectos en el tratamiento que esta recibía de la academia. Durante gran parte del último siglo, el principio de representación ha sido el punto de partida de la gran mayoría de definiciones de la democracia en la ciencia política, en las cuales se establecía, como requisito mínimo, la existencia de elecciones libres, competitivas y periódicas. La especial atención otorgada a las elecciones no ha sido casual, sino que responde a la tendencia de gran parte de la ciencia política de buscar una definición consensuada y “minimalista” de la democracia que permitiese una operacionalización empírica de la misma (della Porta, 2013, p. 2).

Pero el hecho de poder clasificar a un país como “democrático” según una serie de requisitos más o menos concretos, no quiere decir que este se corresponda precisamente con el ideal normativo de gobierno popular. La idea que nos quiere trasladar Dunn al relatar la metamorfosis que ha sufrido la palabra queda aquí bien resumida:

“la democracia como forma de gobierno y la *democratización* como proceso social, cultural, económico y político tienen ritmos muy diferentes. La democratización es abierta, indeterminada y exploratoria. Surge de, y responde a, una concepción de la democracia como valor político, una manera por la cual aquello que tenga una importancia profunda para un conjunto de seres humanos debe ser decidido. La democracia como forma de gobierno es en cambio menos abierta, considerablemente más determinada y mucho menos audaz en sus exploraciones (Dunn, 2005, p. 179).

Entender la democracia como un proceso y no simplemente como una forma de gobierno particular presenta ciertas ventajas analíticas. Para Donatella della Porta, cuyo libro *Can democracy be saved?* pretende abordar algunos de los principales debates de la teoría de la democracia desde la perspectiva de la teoría de los movimientos sociales, la excesiva atención que la ciencia política ha dado a las instituciones representativas ha generado una visión parcial del funcionamiento real de las democracias actuales (2013, p. 2). La “concepción liberal de la democracia”, que para della Porta se define por su confianza en la representación y en el voto de la mayoría (en oposición a otras concepciones, que priorizan la participación y la deliberación), “no refleja suficientemente el verdadero funcionamiento de la democracia en ningún periodo de su existencia” (2013, p. 8). Al contrario, a pesar de su dominio, esta no puede entenderse sin el desafío propuesto por otras concepciones que, sin embargo, sí que valoran sus elementos normativos participativos y deliberativos (*ibid.*, p. 6). Para della Porta (así como para otros autores a los que esta hace referencia, como Pierre Rosanvallon) la historia de la democracia es una serie de “enfrentamientos” entre distintas concepciones de esta. Ambos nos invitan, al igual que Dunn, a reexaminar el significado actual de la palabra “democracia”, cargado históricamente con el elemento de la responsabilidad electoral, y a mirar hacia otras concepciones en las que los votantes se relacionen con el sistema de otra manera.

⁸ Quien esté interesado en la evolución de la palabra “democracia”, así como en las diferentes representaciones del principio de “soberanía popular” a lo largo de la historia, puede encontrar varias recopilaciones entre las fuentes aquí citadas. Dunn (2005), Manin (2006) o Held (2006) presentan versiones detalladas de este proceso, a pesar de sus notables diferencias. Por su parte, Keane (2009) trata de romper con muchos de los mitos alimentados por una visión particularmente occidental y eurocéntrica de la democracia y “reescribe” su historia desde ejemplos encontrados 2.000 años antes de las primeras asambleas atenienses.

4. La potencialidad del referéndum

El referéndum “no es un fenómeno autónomo e independiente, [sino que] generalmente presupone una interacción con los mecanismos y procesos del sistema político en el cual opera” (Uleri, 1996, p. 2). Como mero mecanismo de toma de decisiones, no parece empíricamente plausible que el referéndum vaya a sustituir el sistema representativo electoral (*ibid.*, p. 17). Su uso más o menos extendido, por otro lado, tampoco ha supuesto el caos que algunos parecían presagiar (Qvortrup, 2015). El hecho de que en los últimos años los resultados de algunos de los referéndums más importantes hayan causado un revuelo mediático mayor no quiere decir que sea el propio mecanismo de votación el que haya condicionado su desenlace. Como ocurre con la elección de representantes⁹, factores como la influencia de los partidos políticos y de otros grupos influyentes, el nivel de participación, la presión mediática o el marco legal existente influyen en que el resultado se decante de un lado o de otro. Por supuesto, la influencia de esos factores puede seguir unos patrones más o menos definidos, y por ello es necesario que la ciencia política siga estudiando comparativamente sus efectos en los resultados de votaciones populares concretas, pero no debemos olvidar que, de manera aislada, el referéndum es tan solo un mecanismo para resolver conflictos.

Ello no quiere decir que no podamos extraer determinadas conclusiones de su posible contribución como “desafío” al sistema de representación y como elemento “exploratorio” de la democratización. Como hemos visto, el ideal democrático de “gobierno del pueblo” ha tenido diferentes representaciones a lo largo de la historia. Originalmente asociado a un modo de participación directa y asamblearia —y aun así, con evidentes limitaciones en la práctica desde sus primeras manifestaciones (Ehrenberg, 1950, p. 515)—, el desarrollo de las instituciones representativas en los últimos dos siglos ha difuminado la definición del término “democracia” hasta hacer olvidar que esta era tan solo una manera concreta de denominar a una particular forma de gobierno. Las subsiguientes definiciones “minimalistas” de la democracia han ido limitando, al menos en un sentido normativo, la capacidad de los ciudadanos de participar activamente en la toma de decisiones públicas, lo que a su vez ha dificultado el análisis del referéndum como método efectivo de participación en el proceso de democratización.

Para muchos autores, el referéndum es ya un salvoconducto “institucionalizado” y “esporádico” al alcance de las élites de los partidos políticos, con el objetivo de acudir a los votantes en búsqueda de legitimidad (o, en el peor de los casos, de depuración de responsabilidad). Esta visión, según la cual el referéndum formaría parte intrínseca de una “democracia funcional”, tiene la desventaja de subestimar el potencial (o el peligro) que presenta este mecanismo, en cualquiera de sus formas, para desarrollar una concepción de la democracia que se aleje de la dicotomía *representación-asamblea*. Della Porta (2013) resalta, a través del estudio de estas concepciones alternativas, la importancia que los circuitos no-electorales han tenido en el correcto funcionamiento del Estado democrático (p. 186). Tratados durante décadas como meros “correctores” de la concepción liberal de la democracia, el debilitamiento (a diferentes velocidades en diferentes partes del mundo) de los tres pilares fundamentales de esta ha propulsado la confianza en otro tipo de participación: la quiebra del dominio de los partidos políticos como “agregadores” de demandas colectivas (lo cual, como ya hemos visto, afectó al aumento en el uso del referéndum en la década de 1970), ha coincidido progresivamente con la pérdida de relevancia del Estado nación como principal delimitador del *demos*, así como con la evolución regresiva del consenso social derivado del Estado del Bienestar (pp. 23-24). En esta

⁹ Qvortrup apunta, acertadamente, que muchas de las críticas dirigidas a los referéndums podrían ir destinadas también a las elecciones (2018, p. 5).

coyuntura (quién sabe si histórica), el reto ahora, afirma della Porta, es “convertir los desafíos en oportunidades”. ¿Puede una institución como el referéndum, cuya historia está plagada de ejemplos contradictorios, presentar este tipo de oportunidad?

Aunque no ha sido el objetivo de este artículo clasificar las distintas formas que un referéndum puede tomar (cada autor utiliza un criterio determinado), merece la pena destacar la que quizás es la clasificación más básica: ¿quién inicia el referéndum? Aunque de nuevo existen diferencias entre autores (Smith, 1975, p. 295; Uleri, 1996, p. 8; Setälä, 2009, p. 4), la mayoría ha distinguido entre votaciones populares “controladas”¹⁰, que surgen de los órganos del Estado, y votaciones “no controladas”, que emanan directamente de los ciudadanos. Esta división generalmente ha otorgado a las segundas el calificativo de “iniciativas”, con el objeto de distinguirlas, al menos parcialmente, como una subcategoría especialmente importante del fenómeno del referéndum (Butler y Ranney, 1978a, p. 5). No se debe subestimar el potencial por explorar de los referéndums controlados. Su combinación con otras concepciones democráticas, como la democracia deliberativa, ha recibido mayor atención en los últimos años (Qvortrup, 2015, p. 42), siendo hoy indispensable garantizar algún nivel de deliberación ciudadana en los pasos previos a cualquier tipo de referéndum. Pero la iniciativa, al otorgar a un conjunto de ciudadanos no solo la oportunidad de votar, sino también de decidir qué asuntos se proponen a votación, presenta una oportunidad democrática más sustancial que el referéndum propuesto por un agente institucional (Dunn, 2005, p. 177).

Aunque su existencia tiene un largo recorrido en algunos países determinados, no todos cuentan con una legislación que facilite la organización de iniciativas. La edición de 1978 del libro de Butler y Ranney ya trataba como “mundos aparte” los casos de Suiza, California y algunos otros estados americanos debido a la convivencia simultánea del referéndum y de la iniciativa (1978c, p. 221). Así mismo, Bjørklund (2009) destacaba que el aumento en el uso de referéndums en los setenta provenía principalmente de iniciativas llevadas a cabo por los votantes (p. 132). En los últimos años, hemos asistido a una explosión en la implementación de mecanismos de iniciativa popular a nivel municipal en todo el mundo, y particularmente en España, un fenómeno facilitado parcialmente por las posibilidades que las tecnologías digitales ofrecen para la creación y expansión de este tipo de propuestas. Aunque aún es pronto para evaluar sus resultados (y, en cualquier caso, ello excedería los límites de este artículo), las iniciativas presentan oportunidades interesantes de estudio, pues no solo combinan concepciones distintas de la democracia en sus dimensiones participativa y deliberativa, sino que además incorporan el uso de nuevas tecnologías de código abierto, que cuentan a su vez con dinámicas particulares por explorar. Aunque estas puedan (y deban) estar sujetas a las mismas críticas a las que se ven sujetos los referéndums “controlados”, y requieran quizás de una labor de monitoreo y supervisión mayor, como afirma Theo Schiller (2009), “los impactos estructurales y a largo plazo provienen de referéndums habituales iniciados por los ciudadanos, y en muy pocos casos, de referéndums obligatorios” (p. 218). Aunque en sociedades poco acostumbradas al uso de mecanismos participativos y deliberativos su implementación pueda ser lenta, el uso de iniciativas que desafíen la lógica de la representatividad presenta sin duda una oportunidad que merece toda nuestra atención.

¹⁰ Existen divergencias sobre si estas incluyen los referéndums requeridos por mandato constitucional, aunque dado que en este caso el referéndum no está promovido por un “agente” particular, su inclusión no es del todo necesaria para responder la pregunta de “quién inicia el referéndum”.

Bibliografía

- ALTMAN, D. (2011), *Direct democracy worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BJØRKLUND, T. (2009), "The surge of referendums and the New Politics approach". En: SETÅLÅ, M. y SCHILLER, T. (eds.), *Referendums and Representative Democracy Responsiveness, accountability and deliberation*, Londres y Nueva York, Routledge, pp. 117- 136.
- BOBBIO, N. (1989), *Democracy and dictatorship: The nature and limits of state power*, University of Minnesota Press, Chicago.
- BUTLER, D. y RANNEY, A. (1978a), "1. Practice". En: BUTLER, D. y RANNEY, A. (eds.), *Referendums: a comparative study of practice and theory*, Washington, DC, American Enterprise Institute, pp. 3-22.
- BUTLER, D. y RANNEY, A. (1978b), "11. Summing up". En: BUTLER, D. y RANNEY, A. (eds.), *Referendums: a comparative study of practice and theory*, Washington, DC, American Enterprise Institute, pp. 221-226.
- BUTLER, D. y RANNEY, A. (1978b), "2. Theory". En: BUTLER, D. y RANNEY, A. (eds.), *Referendums: a comparative study of practice and theory*, Washington, DC, American Enterprise Institute, pp. 23-38.
- BUTLER, D. y RANNEY, A. (1994a), "Practice". En BUTLER, D. y RANNEY, A. (eds.), *Referendums around the world: The growing use of direct democracy*, Washington DC, American Enterprise Institute, pp. 1-10.
- BUTLER, D. y RANNEY, A. (1994b), "Conclusion". En BUTLER, D. y RANNEY, A. (eds.), *Referendums around the world: The growing use of direct democracy*, Washington DC, American Enterprise Institute, pp. 258-264.
- CROUCH, C. (2004), *Post-democracy*, Polity, Cambridge.
- DAHL, R. A. (1998), *On Democracy*, Yale University Press, New Haven y Londres.
- DELLA PORTA, D. (2013), *Can Democracy be Saved?*, Polity, Cambridge.
- DELLA PORTA, D., O'CONNOR, F., PORTOS, M. y SUBIRATS RIBAS, A. (2017), *Social Movements and Referendums from Below: direct democracy in the neoliberal crisis*, Policy Press, Bristol.
- DUNN, J. (2005), *Setting the people free: the story of democracy*, Atlantic, Londres.
- EHRENBERG, V. (1950), "Origins of democracy", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, vol. 1, núm 4, pp. 515-548.
- ELIOT, T.S. (1940), *The Idea of a Christian Society.*, Harcourt Brace, Nueva York.
- HELD, D. (2006), *Models of Democracy*, Polity, Cambridge.
- HIRST, P. (1988), "Representative Democracy and Its Limits", *The Political Quarterly*, vol. 59, núm. 2, pp. 199-213.
- KEANE, J. (2009), *The Life and Death of Democracy*, Simon & Schuster, Londres.
- LIJPHART, A. (1984), *Democracies: patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries*, Yale University Press, New Haven y Londres.
- LIJPHART, A. (2012), *Patters of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (2ª ed.), Yale University Press, New Haven y Londres.
- LUPIA, A. y JOHNSTON, R. (2001), "Are Voters to Blame? Voter Competence and Elite Maneuvers in Referendums". En: MENDELSON, M. y PARKIN, A., *Referendum Democracy: Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*, Basingstoke y Nueva York, Palgrave, pp. 169-190.
- MANIN, B. (2006), *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid.
- MCQUARRIE, M. (2013), "No Contest: Participatory Technologies and the Transformation of Urban Authority", *Public Culture*, vol. 25, núm 1, pp. 143-175.
- MOUFFE, C. (1992), "Democratic citizenship and the political community". En: MIAMI THEORY COLLECTIVE (eds.), *Community at Loose Ends*, Minneapolis, University of Minnesota Press, pp. 70-82.

- QVORTRUP, M. (2015), "Power to the People! But How? The Different Uses of Referendums Around the World", *Political Studies Review*, vol. 13, pp. 37-45.
- QVORTRUP, M. (2017), "Direct Democracy and Referendums". En: HERRON, E. S., PEKKANEN, R. J. Y SHUGART, M. S. (eds.), *The Oxford Handbook of Electoral Systems*. Disponible en: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190258658.001.001/oxfordhb-9780190258658-e-3> [última fecha de consulta: 11/03/2018]
- QVORTRUP, M. (2018), "Introduction: Theory, Practice and History". En: QVORTRUP, M. (ed.), *Referendums Around the World: With a Foreword by Sir David Butler*, Palgrave Macmillan, Basingstoke.
- SCHILLER, T. (2009), "Conclusions". En: SETÄLÄ, M. y SCHILLER, T. (eds.), *Referendums and Representative Democracy Responsiveness, accountability and deliberation*, Londres y Nueva York, Routledge, pp. 207-219.
- SCHUMPETER, J. ([1943] 2003), *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, Londres y Nueva York.
- SETÄLÄ, M. (2009), "Introduction". En: SETÄLÄ, M. y SCHILLER, T. (eds.), *Referendums and Representative Democracy Responsiveness, accountability and deliberation*, Londres y Nueva York, Routledge, pp. 1- 14.
- SMITH, G. (1975), "The referendum and political change", *Government and Opposition*, vol. 10, núm. 3, pp. 294-305.
- ULERI, P. V. (1996), "Introduction". En: GALLAGHER, M. y ULERI, P. V. (eds.), *The Referendum Experience in Europe*, Londres, Macmillan Press Ltd., pp. 1-19.
- VAN REYBROUCK, D. (2017), *Contra las elecciones: cómo salvar la democracia*, Taurus, Barcelona.

Whistleblowing Whistleblowing

José Luis Pérez Triviño
Universitat Pompeu Fabra
jose.perez@upf.edu

Recibido / received: 22/11/2018
Aceptado / accepted: 11/01/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4170>

Resumen

La generalización del *whistleblowing* (delación) responde a varios factores como la influencia proveniente del *private law enforcement* de Estados Unidos, pero también al descubrimiento de escándalos empresariales merced a la revelación de personas que formaban parte de esas organizaciones (Siemens, WorldCom, "Lista Falciani"). Esto ha motivado que se estén extendiendo los canales de denuncia y el fomento de los *whistleblowers*, ya que son vistos como un instrumento básico de prevención y descubrimiento de comportamientos delictivos, especialmente de los relacionados con la empresa y la corrupción. En este trabajo trato de ofrecer una presentación del *whistleblowing* y los canales de denuncia, mostrando algunas de sus ventajas, pero también algunas de las objeciones y riesgos que comportan.

Palabras clave

Whistleblowing, canales de denuncia, traición, corrupción.

Abstract

The generalization of whistleblowing responds to several factors such as the influence coming from the American private law enforcement, but also to the discovery of corporate scandals thanks to the disclosure of employees who were part of those organizations (Siemens, WorldCom, "Falciani List"). This has led to the expansion of whistleblower reporting systems and the promotion of whistleblowers insofar it is seen as a basic instrument for the prevention and detection of criminal behavior, especially those related to business and corruption. In this paper I try to offer a brief description of whistleblowing and reporting systems, showing some of its advantages, but also some of the objections and risks involved.

Keywords

Whistleblowing, reporting channels, betrayal, corruption.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Cuestiones conceptuales y normativas en torno al *whistleblower*. 2.1. El *whistleblower* y el desobediente civil. 2.2. El *whistleblower* y el altruismo. 2.3 El *whistleblower* y el héroe. 2.4 El *whistleblower* y el traidor. 2.5 El *whistleblower* y el topo. 3. *Whistleblowing* y el canal de denuncias. 3.1 El establecimiento de los canales de denuncias. 3.2 Los elementos de un canal de denuncias. 4. Riesgos e implicaciones para los derechos fundamentales de los canales de denuncias. 4.1 Confidencialidad y anonimato. 4.2 Las denuncias falsas o de mala fe. 4.3 Los datos personales.



1. Introducción

El término inglés nace de la similitud con el típico policía británico que hacía silbar (*to blow*) el silbato (*the whistle*) cuando percibía que se estaba cometiendo algún delito, aunque su uso empieza a generalizarse en los años 70 del siglo XX en EEUU para referirse a los mecanismos de alerta de irregularidades en empresas o administraciones públicas (Calvo, 2016, p. 140). La expresión difícilmente puede traducirse al castellano sin que pierda el sentido de su origen lingüístico inglés y tampoco hay término equivalente, aunque el vocablo “alertador”, que se está extendiendo en los últimos años, quizá sea el más adecuado.

Histórica y socialmente ha sido la pauta tener una visión negativa y estigmatizadora de los *whistleblowers*, pues con su revelación parecen traicionar o ser desleales a los colegas o a la propia institución de la que forman parte. No es extraño entonces que en inglés sean nombrados con términos despectivos como “snitches”, “rats”, “moles”, “finks”, “stool”, “blabbermouths”, “tattletales”. Todos esos términos tienen su traducción al castellano y pueden utilizarse de la misma forma descalificatoria, aunque el grado de reproche no sea el mismo en todas ellas: chivatos, topos, soplones, cagones, bocazas, cotillas (Miethe, 1999, p. 11). El fomento del delator por parte de regímenes totalitarios –de manera muy acentuada por el régimen nazi– ha contribuido también a la estigmatización del *whistleblower* (Rauhofer, 2007, pp. 10 y ss.) y de las organizaciones que los utilizan para conseguir información.

Sin embargo, el halo expresivo de quien revela información sobre un comportamiento irregular ha ido cambiando con el paso del tiempo. Que sea posible utilizar el término *whistleblower* como sinónimo de “chivato” no implica que en la actualidad tenga el mismo sentido descriptivo ni expresivo que en el pasado. En efecto, el *whistleblower* ha acabado adquiriendo un significado más técnico, pasando a referirse a aquella persona que revela una información dentro de una determinada organización más o menos compleja (empresa, administración o, en sentido más amplio, una entidad mínimamente regulada jurídicamente).

En cuanto a la diferencia valorativa entre el *whistleblower* y el “chivato”, cabe afirmar que con el transcurrir del tiempo –y los ejemplos de revelación que han servido para descubrir prácticas empresariales muy perjudiciales para el interés general (caso Enron, Wikileaks, Stepanova, etc.)–, el barniz despectivo se ha trastocado en neutro o directamente positivo, utilizándose ahora sinónimos como denunciante, informante o alertador, vocablos claramente laudatorios. Es más, hay incluso autores que califican su acción como ética: “resistente ético”, “desobediente civil” o, incluso, “héroes”.

Son muchas y variadas las definiciones de *whistleblowing*. Una primera aproximación la ofrece Miethe para quien los *whistleblowers* son “empleados o antiguos empleados que informan de una mala conducta a personas que tienen poder para tomar decisiones” (Miethe, 1999, p. 11). En otras palabras, el *whistleblower* es aquella persona que en una organización revela la comisión de una infracción.

Una definición más completa es la que ofrece Hersh, para quien el *whistleblowing* es “la revelación deliberada de información acerca de actividades no triviales que se creen peligrosas, ilegales, inmorales, discriminatoria o que de otra manera incluyen una infracción, generalmente por miembros actuales o pasados de la organización” (2002, p. 242). Esta caracterización añade que la revelación no puede ser aleatoria o fruto del azar, sino deliberada, fruto de un razonamiento por

parte del denunciante. Por otro lado, aporta como rasgo relevante que el contenido de la información no puede carecer de importancia, ser trivial, sino que debe comprometer algún valor jurídico o ético que se está infringiendo.

Sin embargo, la definición de Hersh es también parcial, ya que omite otros rasgos que posteriormente los expertos han introducido en la caracterización del *whistleblowing*. Así por ejemplo, Ragués (2013^a, p. 20) añade que el ente puede ser tanto público como privado y la información se traslada bien a los superiores dentro de la propia organización o bien de terceras partes. Es especialmente relevante este último matiz, pues incide en un rasgo importante del *whistleblowing*: el que pueda tener carácter bien interno, informándose a órganos predeterminados en la propia organización, o bien externo, siendo entonces los destinatarios de la revelación entidades ajenas a la organización (la administración, los medios de comunicación, ONG, etc.). Como se verá más adelante, las consecuencias vinculadas a una u otra alternativa de revelación son notables. Para finalizar esta caracterización del *whistleblowing*, el denunciante no puede ser alguien que tenga alguna competencia investigadora, de denuncia o de control dentro de la propia organización, pues entonces tiene un deber de informar derivado del cargo que ocupa. En definitiva, puede caracterizarse el *whistleblowing* como la revelación deliberada de información acerca de actividades no triviales que se creen peligrosas, ilegales, inmorales, discriminatorias o que de alguna otra manera incluyen una infracción en una organización, siendo tal revelación llevada a cabo por miembros actuales o pasados de la organización, que no tienen deberes de información o de vigilancia, y pudiendo ir dirigida a órganos de la propia organización o a terceras partes.

2. Cuestiones conceptuales y normativas en torno al *whistleblower*

Son varias las cuestiones conceptuales y normativas que se han discutido alrededor de la figura del *whistleblower*. De manera introductoria analizaré a continuación el debate acerca del estatuto moral del *whistleblower*, esto es, si se trata de un desobediente civil, un salvador altruista, un héroe o un traidor. Como colofón a este apartado señalaré la diferencia entre *whistleblower* y la figura del topo. Tales discusiones, en todo caso, permiten avanzar en la caracterización del *whistleblower*, al discutir, por un lado, si forma parte de su definición una cierta motivación moral y, por otro, su papel dentro de la organización.

2.1 El *whistleblower* y el desobediente civil

La caracterización del *whistleblower* como desobediente civil se basa en que en su actuación hay un rechazo y denuncia de una norma o comportamiento que considera manifiestamente injusto y que pretende que sea eliminado. Así, algunos autores elogian a los *whistleblowers* y los ven como a los desobedientes civiles en tanto “resistentes éticos”. Este es el caso, por ejemplo, de Rothschild y Miethe, quienes señalan que los *whistleblower* expresan una nueva forma de resistencia relevante en la batalla entre los trabajadores y los empresarios por el control del puesto de trabajo (Rothschild y Miethe, 1994, citado en Bouville, 2008, p. 579).

Sin embargo, no parece posible asimilar ambas figuras en tanto que el desobediente pretende hacer pública su oposición a la norma que valora como injusta. En cambio, el *whistleblower* lleva a cabo su denuncia de forma secreta, en algunos casos anónimamente y en otros tratando de mantener en secreto su identidad para evitar las eventuales represalias.

2.2 El *whistleblower* y el altruismo

Hay quien considera que los *whistleblowers* son individuos que obran movidos por una preocupación moral. En virtud del grado de tal motivación su caracterización

varía. Algunos estudios empíricos que muestran que los *whistleblowers* presentan una sensibilidad moral elevada, así como una identidad moral robusta, de forma que muestran una actitud en la que destaca el coraje (Watts y Buckley, 2015, p. ii). Así, por ejemplo, para algunos son calificados como “salvadores” o “santos de una cultura secular” (Grant, citado en Bouville, 2008, p. 579), para lo cual incluyen en la caracterización de su actuación una determinada motivación moral, el altruismo, esto es, la disposición a actuar en consideración de los intereses de otras personas.

Aunque para muchos autores la motivación ética es un rasgo central en la caracterización del *whistleblower*, para la mayoría no es así. La existencia de motivos éticos puros es bienvenida y elogiada, pero no es necesaria para el *whistleblowing*, comportamiento que es caracterizado por sus efectos positivos más que por la motivación del denunciante. La revelación puede estar motivada por la sed de venganza, por la búsqueda de fama o de recompensas económicas. Pero sería extraño que la organización, al recibir una denuncia que le revela una irregularidad que le está provocando pérdidas económicas cuantiosas o que le puede dañar en su reputación, la rechazara por estar basada en motivaciones poco éticas. En este juicio acerca de la “moralidad” de la motivación de la denuncia subyace una ética deontológica o de principios. Pero si se es menos riguroso y se admite que bajo el manto de “moralidad” también cabe la ética consecuencialista, entonces la valoración acerca del carácter ético del *whistleblowing* cambia radicalmente. Así, por ejemplo, Bouville señala

“Pero si alguien me salva la vida por venganza, ¿no debería decir 'gracias' en lugar de 'esto estaba mal, nunca lo hagas de nuevo'? Aunque uno puede argumentar que salvar mi vida por las razones correctas es mejor que salvar mi vida por razones equivocadas, es bastante obvio que salvarme es mejor que no hacerlo. Tomar la decisión correcta por la razón equivocada sigue siendo la decisión correcta” (Bouville, 2008, p. 584).

En un sentido parecido se posiciona Goñi cuando, ante la objeción de la inmoralidad de ser delator, señala que es conveniente superar los prejuicios y centrarse en la utilidad que aportan:

“lo que se trata es de proteger es, junto al interés vital de la empresa, el interés público -la seguridad financiera en los mercados, la conformidad a la ley y a las normas vigentes financieras, la prevención del fraude- y la integridad moral de las personas empleadas (trabajadores, directivos y altos cargos)” (Goñi Sein, 2013, p. 329).

2.3 El *whistleblower* y el héroe

Son varios los trabajos en los que se discute si el *whistleblower* puede ser considerado un héroe (Hersh, 2002; Ragués, 2006). Si calificamos como héroe¹ al individuo que sacrifica sus intereses principales en aras de otros ajenos, los *whistleblowers* podrían encajar en tal caracterización. Su actuación sería claramente supererogatoria, en el sentido de que “representa un extremo de desafío a las expectativas razonables de las más prominente versiones de la ética” (Grant, citado por Bouville, 2008, p. 581)². Está constatado que la actuación que llevan a cabo, la revelación de información sensible para los intereses de la empresa, suele implicar para los alertadores

¹ Los editores de la revista *Time* eligieron a los *whistleblowers* de los casos WorldCom's y Enron –Cynthia Cooper y Sherron Watkins, respectivamente– personajes del año 2002.

² Por otro lado, en aquellas organizaciones donde se ha establecido la obligatoriedad de denunciar las eventuales irregularidades, no cabe hablar ya de comportamiento supererogatorio, pues es un acto que cae dentro del deber. Nadie puede ser calificado de héroe si cumple simplemente con su deber (Bouville, 2008, p. 584).

consecuencias muy negativas³. Las denuncias de irregularidades no suelen ser inocuas para los alertadores. Suelen ir acompañadas de despidos, descensos laborales, represalias de los superiores, estigmatización por los compañeros y otros perjuicios. Y, en ocasiones, son peores las consecuencias colaterales: problemas conyugales, familiares, financieros y de otro tipo, que en numerosas ocasiones acaban en depresiones y suicidios.

Pero, aunque se tienen ejemplos de *whistleblowers* que han sufrido tales males, no siempre es el caso de que padezcan penalidades tan severas. En ocasiones, el sacrificio que puede suponer la revelación es leve, sin que ello afecte a la calificación del comportamiento como *whistleblowing*. Sin negar valor a esta última acción, no parece tener la misma entidad que aquellas propias de los héroes donde el riesgo y el sacrificio es mucho mayor.

2.4 El *whistleblower* y el traidor

En el lenguaje coloquial, que normalmente refleja un imaginario colectivo compartido por una comunidad lingüística, el *whistleblower* suele ser visto como un chivato, un ser desleal o un traidor (Hersh 2002; Ragués, 2006). Para los cristianos, Judas ha sido históricamente un traidor. Es más, “Judas” es un término que también se utiliza para calificar al delator.

Pero en la actualidad con el *whistleblowing* ocurre algo parecido que con el “corrupto”. Este no necesariamente es alguien que actúa de forma inmoral, sino que puede obrar por motivos morales aceptables en función del código normativo que aplique⁴.

Con el *whistleblowing* ocurre algo parecido, pues nos encontramos ante – como mínimo – dos sistemas normativos desde los que enjuiciar su actuación. En este sentido, el *whistleblower* se encuentra ante un dilema. Desde el sistema normativo donde él se halla inserto (el grupo de amigos, la empresa o el club deportivo), la revelación de un dato relativo a un comportamiento corrupto (ilegal o inmoral) por parte de un compañero o de la propia institución es susceptible de ser calificado como “traición” o “deslealtad”. En cambio, desde otro sistema normativo que se puede denominar de referencia (la moral individual, la moral objetiva, un credo religioso, el bien común, etc.), la revelación cambia su sentido para alcanzar un calificativo claramente positivo, tal y como se ha expuesto en el apartado dedicado al “altruismo”.

2.5 El *whistleblower* y el topo

Dando por supuesto que la persecución de los delitos en determinados ámbitos como el empresarial o el público son especialmente complicados para que los fines que persigue el Derecho Penal sean alcanzados, el recurso a los *whistleblowers* se ha destacado como especialmente apropiado. En efecto, por circunstancias ligadas a la alta especialización, a la complejidad de las estructuras organizativas, al desarrollo

³ Solo por citar un ejemplo de los múltiples y variados sacrificios que han padecido los *whistleblowers* en el pasado: el caso de Stanley Adams, ex ejecutivo de la firma farmacéutica suiza Hoffman La Roche, que fue encarcelado por exponer los métodos ilegales de fijación de precios de la empresa a la Comisión Europea en 1973 y cuya esposa se suicidó (Hersh, 2002, p. 252).

⁴ Pongamos el ejemplo de Oskar Schindler. Su comportamiento visto desde la perspectiva de los judíos no solo no era inmoral, sino que más bien podría calificarse de heroico. Y es que la calificación depende del sistema normativo desde el que se lleve a cabo la misma. En la medida en que el ordenamiento nazi era inmoral, desobedecerlo para salvar las vidas inocentes de los judíos era perfectamente aceptable y elogiado desde un código ético opuesto. Ahora bien, y esta es la paradoja, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico nazi, del cual él mismo Schindler era destinatario, su acción podía ser calificada de corrupta y de traición.

tecnológico (Coca, 2013, p. 46) o a ciertas dinámicas grupales (la omertá o el código de silencio), el Estado delega cada vez más en las organizaciones la regulación, investigación y sanción de las irregularidades que puedan tener en su seno. Nadie mejor que ellas para proveer de estas funciones exitosamente.

Junto al fomento de las denuncias, un mecanismo que se han puesto también en práctica es la inclusión de “topos”⁵, figura con la que el *whistleblower* presenta evidentes similitudes, pues ambos son agentes que pertenecen a una organización y que ponen en conocimiento de la autoridad la realización de una conducta que jurídica o éticamente cabe calificar de irregular o contraria a las normas o principios de la organización. Sin embargo, no parece que puedan asimilarse. El alertador es, como antes se ha mencionado, aquel sujeto que no está encargado específicamente de ningún tipo de vigilancia, control o denuncia (Ragués, 2013^a, p. 19). El “topo” es la versión ilegal del auditor o controlador, y por lo tanto, un cargo que dudosamente respeta la ética –y en particular, la ética empresarial– y los derechos de los trabajadores, a los que se coloca en una posición de debilidad e inseguridad jurídica frente a la abusiva vigilancia de la empresa (Gómez, 2013).

3. *Whistleblowing* y el canal de denuncias

3.1 El establecimiento de los canales de denuncia

Por influencia de los países anglosajones son cada día más las organizaciones que han implantado sistemas y programas de Buen Gobierno o Compliance Programs, cuya finalidad es prevenir o, como mínimo, reducir la comisión de actos ilícitos en su funcionamiento diario.

Dentro de esos programas, un elemento esencial es la institucionalización de la denuncia por parte del eventual *whistleblower* a través de un canal de denuncias⁶. Así, los alertadores pueden informar internamente de la posible comisión de una infracción o de un comportamiento contrario a los valores de la organización al órgano encargado de la vigilancia (Armentia, 2015, p. 610). El sentido de su implantación responde al “empeño de las empresas por incorporar *motu proprio* estándares de conducta del buen gobierno corporativo. La funcionalidad de estos sistemas está en el interés de los grupos empresariales (...) en desarrollar instrumentos que permitan ejercer un control interno sobre el respeto a los principios que representan el sistema de valores de la empresa” (Goñi Sein, 2011, p. 322). El presupuesto de su eficacia radica en el convencimiento de que los propios empleados son la mejor fuente de información de lo que sucede en la propia organización.

“Se piensa que la mejor manera de prevenir o de identificar comportamientos irregulares antes de que terminen saliendo a la luz pública es alentando a las personas que presencien supuestos de hechos irregulares a informar de sus sospechas, invitándoles a someter sus denuncias a un servicio de recepción y tratamiento de las presuntas violaciones, diseñado con plenas garantías de confidencialidad e imparcialidad” (*Ibid.*, p. 325).

⁵ Otras figuras con las que el *whistleblower* puede ser asimilado son los confidentes, los testigos protegidos y los arrepentidos (Ortiz, 2015, p. 8). En el caso de que el denunciante esté de alguna manera vinculado con los hechos constitutivos de la infracción puede acabar convirtiéndose en “arrepentido” y, como tal, puede ser beneficiario de atenuantes por confesión anterior al descubrimiento del delito (art. 21.4 CP) y por disminución de los efectos sancionatorios (art. 21.5 CP).

⁶ La eficacia de tales mecanismos de *whistleblowing* está mediatizada por otras normas laborales o administrativas (por ejemplo, de protección de datos), que protegen otros valores jurídicos, de forma que no cabe penalizar a aquella organización que haya decidido seguir dichas normas vigentes o recomendaciones (Ragués, 2013^a, pp. 114-5).

Un precedente normativo a nivel internacional, en particular de EEUU, es la conocida como *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, que se promulgó a raíz de los escándalos de los casos Enron, Tyco Internacional y WorldCom (Goñi Sein, 2011, p. 320). Tal disposición, en su sección 301, establece que las sociedades de ese país que coticen en bolsa y sus filiales radicadas en la Unión Europea están obligadas a implantar en su Comité de Auditoría

“(…) procedimientos para la recepción, retención y tratamiento de quejas recibidas por el causante en relación con la contabilidad, controles contables internos o cuestiones de auditorías; y la presentación confidencial y anónima por parte de los empleados de la persona causante de preocupación en relación con cuestiones contables o de auditoría cuestionables”.

En el ámbito español, la primera normativa que establece un sistema de denuncias internas tiene lugar en 2006, cuando se publica el “Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas” por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Allí se contempla que

“(…) como novedad procedente de la Recomendación de la Comisión Europea – inspirada a su vez, en la experiencia de Estados Unidos, Reino Unido, y otros países cuyas compañías tienen establecidos canales internos para que sus empleados puedan denunciar irregularidades–, el Código recomienda que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato” (Alba, 2017, p. 2).

En su disposición 50.d), también se contempla que es competencia del Comité de Auditoría: “establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que se adviertan en el seno de la empresa”.

En 2015, la revisión del Código Penal viene a mejorar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y junto a ello, de las circunstancias que pueden aportar para eximirse o exonerarse. Entre ellas, se cuenta el establecimiento de un “debido control” de la prevención del delito en su propia esfera: “...[se] impondrá la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. Dicho de otra manera, se requiere el establecimiento de un canal de denuncias eficaz a través del cual los usuarios puedan informar o denunciar posibles incumplimientos.

Desde entonces, los procesos de denuncia interna se han ido extendiendo entre las empresas y organizaciones de forma muy variada. Algunas se centran en crear una línea ética, señalando escuetamente los canales de denuncia, mientras que otras desarrollan un amplio abanico de procedimientos de denuncia. Otras incluso incluyen declaraciones de principios en los que la organización muestra su compromiso con la implantación de una cultura ética genuina.

3.2 Los elementos de un canal de denuncias

El sistema de *whistleblowing* o canal de denuncias es el mecanismo interno establecido en una organización para comunicar de forma confidencial una información relevante sobre alguna infracción en el seno de una organización.

Tal sistema de comunicación de denuncias tiene por tanto varias virtualidades:

- Otorga la posibilidad a la organización de conocer la realización de irregularidades y, por lo tanto, de conocer fallos en la prevención de aquellas (conocimiento).
- Permite reaccionar frente a dichas irregularidades a nivel interno, sin que ello tenga repercusiones externas o públicas (reacción).
- Puede ayudar a disuadir la realización de actuaciones irregulares a los integrantes de la organización (prevención).

La eficacia del sistema de denuncias y el logro de sus objetivos parece presuponer que cumpla con varias exigencias o características:

1. Que sea respaldado por la dirección.
2. Que los destinatarios del mecanismo sean previamente informados.
3. Accesibilidad del sistema.
4. Proporcionalidad del sistema.
5. Documentación del sistema.
6. Independencia del órgano de gestión de las denuncias.
7. Completud del sistema de infracciones y sanciones.
8. La protección del denunciante o alertador.

Este último requisito siempre ha sido el talón de Aquiles de los sistemas de *whistleblowing*. Como ya se ha hecho mención anteriormente, este constituye un aspecto esencial para la efectividad del sistema preventivo que se desea instaurar en la empresa a través del programa de cumplimiento. Un sistema de denuncias que no incorpore un adecuado mecanismo de protección de los intereses del denunciante/alertador no será suficiente para incentivar la aparición de éstos, pues será decisivo para tomar su decisión de revelar el que haya medidas que impidan una reacción en forma de represalias en contra de sus intereses, por parte de la organización o de sus colegas⁷. Es más, en ocasiones, se exige incluso que haya medidas de protección de su integridad física y económica, pues las consecuencias de la revelación pueden depararle un quebranto económico grave.

La protección no solo debe incluir la reserva de confidencialidad, sino también la garantía de que por el hecho de denunciar no pueda ser objeto de represalias de ningún tipo. Por desgracia, y como se ha señalado anteriormente, son muchas las formas que pueden adquirir la represalias por parte de la organización o de los propios compañeros. En todo caso, en el ordenamiento penal español se trata cada vez más de esquivar las limitaciones legales que impiden la adecuada protección del delator cuando este también haya participado en el delito. Así, por ejemplo, frente a la carencia de "programas de clemencia" o de competencias de los fiscales para llegar a acuerdos con los colaboradores para su no enjuiciamiento, se aplican atenuantes de confesión o el principio de oportunidad reglada (Ortiz, 2015, pp. 9-10).

4. Riesgos e implicaciones para los derechos fundamentales de los canales de denuncia

Como señala Goñi, la principal objeción que puede dirigirse a los canales de denuncia y al fomento de la delación tiene en realidad una doble faz. Por un lado, nuestra cultura —a diferencia de otras donde la revelación de información crucial en la persecución de

⁷ El Derecho laboral declara inválida cualquier medida adoptada por la empresa contra un trabajador en estas circunstancias. Por otro lado, es preciso recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece el deber de denuncia cuando la conducta irregular sea un delito perseguible de oficio (Ragués, 2013^a, p. 119).

delitos no solo es aceptada, sino incluso premiada⁸— es poco proclive a la delación, lo que convierte en dudoso que los canales de denuncia puedan llegar a ser eficaces: "cabe señalar que surgen no pocas dudas sobre el hecho de que resulte una política verdaderamente eficaz para los objetivos propuestos" (Goñi Sein, 2011, p. 328), pues la revelación de infracciones suele estar mal considerada, es más, el delator es asimilado al chivato o soplón, y como tal, genera un evidente rechazo o reproche social. Goñi añade a esta consideración general el que

"Normalmente, nadie quiere poner en entredicho a nadie, y menos al propio jefe, y no ya solo por las consecuencias a las que se expone, sino porque está mal visto. Se prefiere no involucrar a nadie y menos por conductas reprochables. Lo normal es guardar el secreto" (*Ibíd.*, p. 329).

Pero, con independencia de las consideraciones críticas acerca de su efectividad, la principal objeción que suele presentarse a los canales de denuncia es su inestable compatibilidad con los derechos fundamentales que pueden ser afectados —honor, intimidad y dignidad de las personas—, así como otros efectos sociales y psicológicos, como la estigmatización y exclusión de la persona inculpada.

En efecto, un procedimiento común de denuncia supone recoger datos sobre los presuntos comportamientos irregulares llevados a cabo, pero también se puede acceder a otra información delicada de la persona investigada. Es más, esos datos pueden ser trasladados al órgano encargado previsto por la empresa, que a su vez, lo transmite a los órganos de dirección. El resultado puede ser que una multitud de personas en la misma organización obtenga conocimiento sobre datos sensibles del "denunciado".

Por ello, siendo un mecanismo que potencialmente puede implicar una afeción grave a varios derechos fundamentales de las personas sobre las que recae una denuncia, el sistema debe quedar sometido a la superación del triple juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (STC 186/2000).

El primero de estos requisitos parece superarse dados los intereses de las organizaciones en prevenir el fraude, la seguridad financiera, el interés de los empleados y la reputación de la organización. Parece justificado el interés de la empresa u organización por luchar contra la corrupción y otras posibles infracciones que afecte no solo a sus bienes patrimoniales, sino también su reputación. Un mecanismo de denuncia cuya función sea comprobar la integridad en la gestión de la organización —y a la inversa, prevenir irregularidades— es adecuado e idóneo en términos generales.

Respecto de la necesidad, es cierto que pueden existir otros canales internos de comunicación en la institución. Así, se podría vehicular la denuncia a través de los sindicatos o representantes de los trabajadores o dirigirse directamente a los órganos directivos. Sin embargo, estas vías regulares de comunicación pueden ser insuficientes o imperfectas. No garantizan la seguridad ni tampoco la imparcialidad, tan necesaria tanto para el denunciante como para el denunciado. También resulta dudosa su eficacia en el caso de que los propios gestores y representantes de la organización estén implicados en las irregularidades denunciadas. En estos

⁸ En EEUU existen programas de incentivos económicos (*bounty programs*) y de clemencia (*leniency programs*), así como mecanismos de protección al delator (*Witness Crown, Informer privilege, Whistleblower Protection Act*) (Ragués, 2013a, Ortiz, 2015).

supuestos, es factible pensar que harán todo lo posible por silenciar, ocultar o destruir cualquier indicio o prueba de la irregularidad (Goñi Sein, 2011, p. 331).

Frente a esos peligros, el canal de denuncias debería garantizar que la recogida de datos sea proporcionada, independiente y eficaz. Ofrece, como señala Goñi, "mayores posibilidades de que las denuncias se tramiten y lleguen realmente a los órganos de control y se aplique el procedimiento justo y objetivo para la investigación. Por otra parte, proporciona también una mayor garantía de protección a los empleados denunciadores, frente a las posibles represalias" (2011, p. 331).

Por último, los canales de denuncia también parecen superar el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, dado que los límites que pueden sufrir los investigados en virtud del *whistleblowing* no deben desarrollarse de forma desproporcionada respecto de sus derechos fundamentales, siempre que se adopten los mecanismos previstos para ello. La recogida de la información debe ser la estrictamente necesaria y su tratamiento también debe garantizar la privacidad de los datos.

Dicho esto, merece la pena detenerse en analizar, aunque sea brevemente, algunas de las cuestiones más controvertidas que plantean los canales de denuncia respecto a ciertos derechos de los afectados: a) la discusión acerca de si las denuncias deben ser anónimas o confidenciales, b) las denuncias falsas y de mala fe y, c) el tratamiento de los datos personales.

4.1 Confidencialidad o anonimato

Una cuestión ampliamente debatida es si las denuncias deben ser anónimas o si simplemente debe respetarse la confidencialidad. Como señala Adán Nieto, la elección de un sistema u otro no solo responde a criterios técnicos, sino de elección entre los fundamentos morales de un sistema de cumplimiento basado en el control o en los valores.

"La implantación de canales de denuncia basados en el anonimato (...) se corresponde con un sistema de cumplimiento orientado al control, mientras que basar las denuncias en una regla como la confidencialidad responde más al *compliance*, orientado al fomento de valores. El fomento del anonimato, y con ello de los abusos que de él pueden derivarse, solo se explican en un marco donde lo único que importa es el control. La confidencialidad, por el contrario, supone que los responsables de cumplimiento se han esforzado en ganarse la confianza y el respeto de los posibles denunciadores" (Nieto, 2013, p. 33).

Sin embargo, esta dicotomía parece un poco exagerada, pues no contempla que se puedan modular aquellos aspectos más negativos del sistema basado en el anonimato respecto de los derechos de los afectados.

En principio, desde una perspectiva centrada en la persecución de las irregularidades parece preferible adoptar un sistema que tolere las denuncias anónimas, pues este mecanismo garantizará que no se puedan tomar, por parte de la organización, medidas de represalias, así como que los *whistleblowers* no aparezcan como "chivatos" ante sus compañeros y colegas.

Ahora bien, una posición contraria se mantiene en los dos textos de referencia en materia de Protección de Datos que deben cumplir las entidades que pretendan implantar un canal de denuncias (Dictamen 1/2006 del Grupo de Trabajo del artículo 29 y el Informe 0128/2007 de la AEPD) (Armentia, 2015, p. 623). Una ventaja que suele mencionarse para rechazar las denuncias anónimas en favor de las que garantizan la confidencialidad es que aquellas pueden fomentar el uso masivo de denuncias, y además, que muchas de estas denuncias pueden ser falsas,

escasamente fundamentadas o inspiradas en motivos espurios. Así por ejemplo lo aconseja el *Code of Practice* británico. Por otro lado, Ragués señala que

“la aceptación de denuncias anónimas parece estar en condiciones de proporcionar mayor cantidad de información a las empresas, pero no necesariamente una mayor calidad de la información recibida si lo que se pretende es poder utilizar los datos obtenidos para poder adoptar legítimamente medidas laborales disciplinarias posteriores o asegurar una respuesta de la administración de justicia” (Ragués, 2013, p. 122).

En la misma línea, la AEPD en su informe 0128/2007 "Creación de sistemas de denuncias internas en las empresa (mecanismos de 'whistleblowing')" establece que: “a nuestro juicio, debería partirse del establecimiento de procedimientos que garanticen el tratamiento confidencial de las denuncias presentadas a través de sistemas de *whistleblowing*, de forma que se evite la existencia de denuncias anónimas para garantizar la exactitud e integridad de la información que predica la normativa de Protección de Datos”. En cualquier caso, la organización deberá tomar aquellas medidas que considere oportunas para con el denunciante confidencial, con el objetivo de que no se puedan adoptar represalias contra ellas. Esta decantación hacia el rechazo de las denuncias anónimas va claramente en sentido contrario a la práctica imperantes en otros países (EEUU, países latinoamericanos y europeos) (Ragués, 2013^a, p. 123)⁹.

El organismo europeo, el Grupo de Trabajo, en un alarde de realismo admite que el denunciante no se identifique, pues en la mayoría de organizaciones –sobre todo en aquellas radicadas en países donde no está tan arraigada la cultura de la denuncia– lo habitual es que el denunciante permanezca anónimo. En virtud de esta circunstancia fija la necesidad de informar al denunciante acerca de que sus datos identificativos permanecerán confidenciales. Ahora bien, si el individuo denunciante desea mantenerse en el anonimato, su denuncia será igualmente cursada, con la particularidad de que será gestionada con mayor rapidez, con el objetivo de evitar riesgos por su eventual mal uso.

La realidad es que un tercio de las entidades que cotizan en el IBEX aceptan las denuncias anónimas, pues en su voluntad de terminar con las irregularidades que puedan desarrollarse en su estructura organizativa es más fructífero tomar en consideración todas las denuncias que se puedan recibir, incluidas aquellas en las que el denunciante no esté identificado. Y es que parece improbable que una organización rechace tales denuncias y se muestre reacia a reaccionar ante ellas cuando hay evidentes rasgos de certeza (Goñi Sein, 2011, p. 338). Incluso ante un juez, no reaccionar ante tales denuncias puede ser visto como una señal de falta de debido control sobre los empleados, condición para evitar el reproche penal de la persona jurídica. Por eso, tal y como señala Ragués, sería recomendable que

“en el diseño de los respectivos procedimientos [...] prever que cuando pese a todo, se reciba una denuncia anónima verosímil la empresa reaccionara igual -o de la manera más similar posible- que en los casos de denuncias procedentes de sujetos identificados y, fundamentalmente, iniciara la correspondiente investigación interna para comprobar la realidad de la información recibida tratando en ella de desvelar la identidad del informante” (Ragués, 2013a, p. 125).

⁹ Junto a España, los otros dos países favorables a las denuncias anónimas son sólo Portugal y Australia.

En todo caso, una reciente sentencia se muestra favorable a una posición no excesivamente garantista¹⁰, al no considerar que con las denuncias anónimas se infrinjan normas de protección de datos (Alba, 2017, p. 10).

4.2 Las denuncias falsas y de mala fe

Como se ha señalado anteriormente, un riesgo del anonimato es el fomento de las denuncias irresponsables e, incluso, de las denuncias falsas o de mala fe. Por ese motivo, un programa de denuncias debe mantener un equilibrio entre el incentivo de las denuncias y el rechazo de las denuncias falsas y de mala fe. Para lo primero, el sistema debe asegurar que los denunciadores no estén expuestos a riesgos de represalias, así como establecer medidas de protección al alertador que haya denunciado de buena fe. Para lo segundo, un programa de denuncias debe incluir en los reglamentos internos una indicación expresa de las consecuencias negativas derivadas de las denuncias falsas y, en el caso de que haya mala fe, informar de la identidad del denunciante además de ser susceptible de sanciones disciplinarias internas (García Moreno, 2015, p. 224). También parecería razonable que el empresario informara de que “la denuncia no le eximirá de su responsabilidad en el caso de que haya intervenido en el delito denunciado, pero poniendo en su conocimiento que la Ley prevé atenuaciones importantes a quien contribuya activamente al descubrimiento de tales hechos” (Ragués, 2013a, p. 120). Así por ejemplo, de que una denuncia falsa puede dar lugar a un delito de injurias (o de calumnias) y a responsabilidad civil por lesión del derecho a honor (García Moreno, 2015, p. 224).

4.3 Los datos personales

El cumplimiento de las exigencias de la Ley de Protección de Datos supone que cualquier persona sobre la que se vaya a recabar datos personales deberá “ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco de una serie de informaciones relativas a los mecanismos y procedimientos sobre comportamientos irregulares” (art. 5.1 LOPD). Asimismo, se deberá incluir una cláusula con el contenido informativo que exige la normativa vigente. Y es que tanto las investigaciones internas como en el canal de denuncias es posible que se produzca una tensión entre el derecho de la empresa a conocer y, eventualmente, a denunciar y evitar la comisión de delitos por parte de sus integrantes, por un lado, y algunos derechos fundamentales de los trabajadores, en especial, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por otro (Gómez, 2013).

Así pues, en función del canal elegido por el denunciante para comunicar la infracción realizada (página web, correo electrónico o carta en soporte papel), se le debe informar de forma clara de aquellas circunstancias en materia de protección de datos (Armentia, 2015, p. 629).

Respecto del denunciado y terceras partes implicadas (afectados, testigos, etc), también se exige cumplir con las exigencias de la normativa de Protección de Datos y, por tanto, se debe informar de los extremos detallados en la misma. Dicha obligación de información a estos sujetos (denunciado y terceros) debe ser cumplida por la organización dentro de los tres meses siguientes al momento en que se recabaron los datos de su titular (Armentia, 2015, p. 630). En el marco de estas obligaciones no está el trasladar la información sobre la identidad del denunciante o los datos que permitan conocerla, ni de terceras personas, pero sí, entre otros puntos,

¹⁰ La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 22 de junio de 2016, Recurso 263/2016, que resuelve un asunto en Suplicación entre Endesa y un trabajador.

de quien ha sido denunciado a través del sistema del canal de denuncias implantado por la organización, así como de los hechos denunciados.

En tanto las denuncias constituyen una información sensible para las personas denunciadas, la organización dispone de unos plazos máximos para disponer y almacenar la denuncia y la información surgida alrededor de ella. Una vez transcurridos esos plazos, la normativa de la LOPD exige su destrucción¹¹.

Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2007), "Informe sobre Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de "whistleblowing")". Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2007-0128_Creaci-oo-n-de-sistemas-de-denuncias-internas-en-las-empresas-mecanismos-de-whistleblowing.pdf (fecha de consulta: 10 de enero de 2018).
- ALBA, I. (2017), "Canal de denuncia en las personas jurídicas públicas", *Actualidad Administrativa* no 7-8, pp. 1-14
- ARMENTIA, P. (2015), "Canal de denuncias". En: SAIZ PEÑA, C. (ed.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos de la empresa*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 610-642.
- BOUVILLE, M. (2008), "Whistle-Blowing and Morality", *Journal of Business Ethics*, 81, pp. 579-585.
- CALVO, P., "Whistleblowing ante la miseria moral de instituciones y organizaciones". En: AVILÉS, M. (ed.), *Empresas, derechos humanos y RSC: una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, Madrid, Aranzadi, 2016, pp. 135-153.
- COCA, I. (2013), "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?". En: MONTANER, R. y SILVA, J., *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, pp. 43-76.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016), "Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica". Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041 (fecha de consulta: 10 de enero de 2018).
- GARCÍA MORENO, B. (2015), "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia". En: NIETO, A. (ed.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 205-230.
- GÓMEZ, V. (2013), "Compliance y derechos de los trabajadores". En: KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 125-146.
- GOÑI SEIN, J.L. (2011), "Sistemas de denuncia interna de irregularidades ("whistleblowing")". En: GOÑI SEIN, J.L., *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, La Ley, pp. 319-355.

¹¹ Los plazos pueden ser los siguientes: a) Durante la fase investigación/instrucción de la denuncia interna. Las denuncias e información consecuencia de la misma podrán ser almacenadas durante el tiempo que dure la investigación, siempre y cuando no se dilate en el tiempo y pueda perjudicar al denunciado.

b) Finalizada la investigación. Aquí hay que distinguir si se trata de denuncias sobre hechos no probados o probados. En el primer caso, las informaciones se deberán eliminar en dos meses tras la finalización de la investigación de los hechos alegados. En el segundo supuesto, los datos deberán conservarse durante la tramitación del procedimiento, extendiéndose en el caso de que deban adoptarse medidas contra el denunciado. Una vez finalizado el procedimiento (penal, laboral etc.) y transcurridos los dos meses, se deberán eliminar.

- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (2006), "Dictamen 1/2006". Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_es.pdf (fecha de consulta: 10 de enero de 2018).
- HERSH, M.A. (2002), "Whistleblowers. Heroes or traitors? Individual and collective responsibility for ethical behaviour", *Annual Review in Control*, 26, pp. 243-262.
- MIETHE, T.D. (1999), *Whistleblowing at work*, Westview Press, Boulder.
- NIETO, A. (2013), "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal". En: KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 21-50.
- ORTIZ, M.A. (2015), "El difícil encaje del delator en el proceso penal español", *Diario La Ley*, n. 8560, pp. 2-15.
- RAGUÉS, R. (2006), "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal", *Indret*, pp. 3-19.
- RAGUÉS, R. (2013a), *Whistleblowing*, Marcial Pons, Madrid.
- RAGUÉS, R. (2013b), "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos de empresa". En: KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 160-196.
- RAUHOFER, J. (2007), "Blowing the whistle on Sarbanes-Oxley: Anonymous hotlines and the historical stigma of denunciation in modern Germany", *International Review of Law Computers & Technology*, 21(3), pp. 1-18.
- WATTS, L., BUCKLEY, M.R (2015), "A Dual-Processing Model of Moral Whistleblowing in Organizations", *Journal of Business Ethics*, pp. 1-15.

Violencia escolar

School violence

Úrsula Zurita Rivera
 FLACSO-México
uzurita@flacso.edu.mx

Recibido / received: 11/02/2018
 Aceptado / accepted: 10/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4171>

Resumen

En las sociedades contemporáneas se observa una multiplicidad de acciones emprendidas en numerosos ámbitos y sectores, bajo la responsabilidad de un amplio abanico de actores de diferente escala, con el fin de prevenir, atender y eliminar la violencia escolar. Dados los graves efectos que este problema provoca no solo entre los individuos e instituciones directamente involucradas, sino también en el fortalecimiento democrático y el ejercicio pleno de los derechos humanos, la prevención de la violencia en las escuelas es una tarea apremiante. Frente al despliegue masivo de estrategias de intervención, a los abundantes estudios realizados en distintos campos disciplinares y a su incorporación en diversas agendas de políticas públicas, es escaso el análisis de las implicaciones que esas estrategias tienen en los principios de autoridad, legalidad y legitimidad en las escuelas. Empezar esta tarea es fundamental, ya que buena parte de las rutas trazadas en el presente para afrontar la violencia escolar –como la creación y aplicación de leyes específicas, el rediseño de acuerdos nacionales, lineamientos para el sistema educativo, manuales para la convivencia hasta los reglamentos escolares, entre otros instrumentos– han afectado dichos principios desconociendo los resultados y efectos que tienen en la conformación, reproducción e, incluso, perpetuación de la violencia escolar.

Palabras clave

Violencia escolar, autoridad, legalidad, legitimidad, reglamentos escolares, fragmentación de la autoridad.

Abstract

In contemporary societies, a multiplicity of actions has been taken in different areas and sectors under the responsibility of a wide range of actors on different scales, in order to prevent, attend and eliminate school violence. Since the serious effect of this problem, not only among the individuals and institutions directly involved, but also for the strengthening of democracy and the full exercise of human rights, combating violence in schools is an urgent task. Despite of the massive deployment of intervention strategies, the numerous studies carried out in different academic fields and their inclusion on policy agenda, the implications that these strategies have on the principles of authority, legality and legitimacy in schools has barely been analyzed. This task is essential, given that many of the paths outlined currently to address school violence – such as the creation and application of specific laws, the redesign of national agreements, the guidelines for the education system, the manuals for school coexistence, among other instruments– have affected these principles and have ignored the results and implications that they have in the conformation, reproduction and even perpetuation of this problem.



Keywords

School violence, authority, legality, legitimacy, school rules, fragmentation of authority.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La violencia escolar respecto a los principios de autoridad, legalidad y legitimidad. 3. Reflexiones finales.

1. Introducción

Desde fines del siglo XX se ha advertido el despliegue de políticas, programas, proyectos e incluso legislaciones en diversas regiones y continentes del mundo que han volcado al sector educativo en la prevención y eliminación de la violencia escolar, con especial interés en los niveles que abarcan desde la infancia a la adolescencia. El conocimiento acumulado acerca de la violencia escolar, así como el impacto y resultados de las múltiples estrategias de intervención implementadas por parte de un abanico amplio de actores, merece ser sometido a una indagación sistemática y periódica sobre las consecuencias inesperadas y, muchas veces, no deseadas que se desprenden de esas iniciativas (Zurita, 2013 y 2016). Esta tarea es fundamental cuando se piensa que el origen y perduración de la violencia escolar están vinculados con las maneras en que se han construido y consolidado los principios de autoridad, legalidad y legitimidad en las instituciones educativas, y las formas en que dichas estrategias los interpelan y trastocan. Se sabe que, en general, las numerosas estrategias de intervención han corrido a paralelas a profundos cambios en los que las escuelas y los sistemas educativos no han estado al margen, y cuyo sustento proviene de diferentes discursos y proyectos políticos.

Para los propósitos de este documento, conviene resaltar aquellos que han estado comprometidos con los procesos de transformación democrática, descentralización, pluralización y gobernanza desplegados en los países occidentales, sobre todo en las décadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado (Aguilar, 2010; Selee, 2011). Es ahí donde se sitúan los numerosos esfuerzos desplegados para incorporar al currículo oficial, a los planes y programas de estudio y a la vida escolar diaria, los programas para la educación ciudadana, la cultura de la legalidad, la formación cívica y ética, la educación en y para los derechos humanos, entre otros (EURYDICE, 2005 y 2012). Paradójicamente, desde el polo opuesto se han impulsado políticas y programas que, tratando de responder al agudo incremento del crimen organizado, el narcotráfico, la delincuencia común y la inseguridad experimentados en varias regiones del mundo –como América Latina y Norteamérica–, han formulado y puesto en marcha conservadoras y autoritarias políticas de seguridad nacional (OEA, 2008). De éstas, se han desprendido iniciativas específicas, como los programas *Tolerancia Cero* o *Mano Dura*, dirigidos a las escuelas para prevenir y eliminar la violencia suscitada en su interior y en su entorno inmediato, acrecentada por la inseguridad, consumo y venta de drogas, pandillerismo y el uso ilegal de armas, entre otros problemas. Además de esas explicaciones se observan otras de carácter cultural, donde el incremento de la violencia escolar es adjudicado al cambio de valores y comportamientos en las sociedades, a las transformaciones experimentados por las familias y, sin duda, al despegue del uso de las tecnologías de la información y comunicación en todos los ámbitos cotidianos de la vida individual y social. Entre ambas visiones antagónicas, hay un punto en común que merece ser puesto de relieve, y es que la escuela es concebida como una institución que debe responder a las exigencias que las sociedades le imponen, cualesquiera que éstas sean (Zurita, 2013).

Por ahora, es necesario reflexionar sobre cómo se han trastocado los principios de autoridad, legitimidad y legalidad, a propósito de las acciones desplegadas en contra de la violencia, con el objetivo de examinar algunos de sus efectos en la consecución de los objetivos planteados para impulsar y fortalecer la convivencia escolar libre de violencia. Al hacerlo, se identificarán varios rasgos importantes que distinguen la proliferación reciente de las diversas expresiones de violencia en los centros educativos. Entre estos, cabe destacar la multiplicación de actores externos a las escuelas y a los sistemas educativos que, al gozar de cierta autoridad y legalidad, aunque con grados disímiles de legitimidad, han formulado e implementado numerosas iniciativas encaminadas a diversos propósitos.

Uno de esos propósitos está vinculado con la creación de una normatividad escolar más efectiva que ponga fin a este problema público. El interés por la normatividad escolar fue cobrando cada vez mayor relevancia, entre otras razones por la publicación de una investigación sobre la violencia escolar en América Latina y el Caribe, promovida por Naciones Unidas, donde se señaló que los reglamentos escolares “no están concebidos como pactos de convivencia” (Eljach, 2011, p. 110). Sin ser una característica exclusiva de nuestra región, Sonia Eljach, autora del estudio, subrayó una realidad ampliamente conocida por la gran mayoría de los centros escolares: los reglamentos suelen ser un listado de prohibiciones y sanciones fundamentalmente para el alumnado, cuya creación, difusión y aplicación está en manos de los supervisores, directores y docentes.

Frente a este panorama, suele pasar desapercibido que se ha configurado un quiebre respecto a las formas en que tradicionalmente se “resolvían” los problemas de violencia escolar. Este fenómeno tiene que ver con la fragmentación e, incluso, pulverización de la autoridad escolar. Un rasgo esencial de toda figura de autoridad es precisamente la capacidad que tiene para tomar decisiones que, además, sean reconocidas y aceptadas por la comunidad respectiva. Este aspecto a primera vista anodino, revela que las instituciones educativas históricamente adoptaron principios relativos a quiénes y cómo se debía decidir, a fin de preservar el orden, el control y la disciplina escolar. Esto es, los reglamentos ayudaban a establecer las condiciones necesarias para la enseñanza y el aprendizaje (Zurita, 2016).

En respuesta a la preocupación por la normatividad escolar destinada a prevenir la violencia en los centros educativos, se ha desplegado en la gran mayoría de los países latinoamericanos una multiplicidad de instrumentos de diferente estatus jurídico, que han sido creados desde fuera y desde adentro de los sistemas educativos, y cuya implementación en el espacio escolar ha sido impulsada por una variedad de actores (Carrasco, *et. al.*, 2012; Litichever, 2012; Magendzo, *et. al.*, 2013; Zurita, 2011). Lo que importa subrayar es que esta tendencia ha fragmentado la autoridad que ostentan todos aquellos individuos e instituciones que están facultadas legalmente para imponer normas y sanciones en los centros educativos. Es decir, en sociedades como las de América Latina y el Caribe, la violencia en las escuelas conduce a la ruptura del principio de “la legitimidad del poder”, debido a que la actuación de los directores y docentes que tradicionalmente habían tenido la autoridad y legitimidad para construir las reglas e imponer sanciones en los centros educativos se ve amenazada por la intervención de otros actores externos a las escuelas y a los sistemas educativos, provocando que ese comportamiento no se ajuste a lo establecido por normas (Marcilla, 2014, p. 177). A ello se suma que los contextos latinoamericanos se caracterizan por procesos de transformación democráticos paradójicos, puesto que, por un lado, hay notorios avances en la defensa y promoción de los derechos humanos, y, por otra, persisten agudas y permanentes amenazas por los crecientes grados de violencia social, violencia de género, feminicidios, entre otros. Estos son asuntos que, aunque para podrían

parecer lejanos a las escuelas y sus comunidades, tienen una notoria presencia en los contenidos de las políticas y programas para la prevención de la violencia en las escuelas de nuestra región.

Así, en el acontecer cotidiano de las escuelas, los directores y docentes están cada vez más confundidos por la multiplicidad de instrumentos que proceden del exterior y al pretender que sean aplicados en la escuela, sienten que su autoridad, legitimidad y legalidad están siendo cuestionados por actores externos que, en su opinión, desconocen la naturaleza, dinámicas y dispositivos que determinan la emergencia de la violencia en los centros educativos. Además de la confusión entre los integrantes de las comunidades escolares respecto a la legalidad y legitimidad de las autoridades que les imponen decisiones, se ha documentado la construcción de un doble discurso que, de nueva cuenta, le resta sentido a los proyectos que buscan disminuir la violencia mediante iniciativas acordes con los principios democráticos y los derechos humanos. Para desarrollar este planteamiento, en las siguientes páginas se examinan algunos resultados e implicaciones que las iniciativas para prevenir y eliminar la violencia escolar han provocado en los principios de autoridad, legalidad y legitimidad en los centros escolares.

2. La violencia escolar respecto a los principios de autoridad, legalidad y legitimidad

La creación de la normatividad escolar, cuyos procesos formales e informales determinan quiénes, cómo, cuándo, por qué y para qué la hacen, está estrechamente vinculada con varios planteamientos clásicos de las ciencias sociales y las humanidades. Por ahora, conviene centrarse en la perspectiva que provee el Derecho sobre los principios de autoridad, legalidad y legitimidad, que todo conjunto de normas expresa independientemente del estatus que dicho ordenamiento posea. En términos concretos, estos principios ayudan a responder cuestiones fundamentales en las sociedades. Por ejemplo, el principio de legalidad conduce a preguntarse cómo es la actuación de la autoridad que construye esas normas respecto a otras figuras de autoridad, así como frente a la comunidad donde esas normas se aplicarán; y, en segundo lugar, indica cómo es respecto al conjunto de normas pre-existentes, las cuales establecen límites de diferente tipo para su comportamiento en relación con la construcción de normas. El principio de legalidad permite responder qué tanto se respetan dichas normas y qué tanto son un referente para la actuación de los sujetos involucrados (Laveaga, 1999).

Ahora bien, por investigaciones empíricas realizadas en México y por la revisión documental de casos latinoamericanos (Zurita, 2016, 2013, 2011), es factible observar con gran nitidez que la autoridad escolar está disputada por actores externos al sistema educativo -como los Congresos, las Comisiones de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia, las Procuradurías Generales de Justicia, las Secretarías de Salud-, quienes en la última década han incrementado notoriamente su intervención en la prevención, atención, eliminación e, incluso, sanción de la violencia escolar a partir de las iniciativas de gran escala (leyes específicas, acuerdos nacionales, protocolos, tesis de la Suprema Corte de Justicia), que se van decantando hasta llegar a replantear el sentido, contenido y significado de acciones en la escala micro, materializadas en instrumentos que regulan la convivencia cotidiana (reglamentos escolares). Por ejemplo, en el primer caso, la emisión de leyes en materia de seguridad, acoso, violencia y convivencia escolar tiene procesos singulares que, desde su origen, propician la configuración de sentidos e implicaciones diferentes para los principios de legalidad y legitimidad a la hora de abordar este problema público. El mosaico latinoamericano expresa este hecho y, de manera precisa, el caso mexicano lo ilustra cuando se advierte que los resultados que buscan tener las leyes en las materias señaladas arriba no son los deseados. Todo empieza con la forma en que se hacen las leyes y esa manera varía de acuerdo con

el tipo de Estado que sea. Por ejemplo, Colombia es un Estado soberano, democrático y unitario organizado políticamente en 32 departamentos descentralizados y el Distrito Capital, donde reside el gobierno nacional; mientras que México es una república democrática, representativa y federal, compuesta por 32 entidades federativas. Eso implica que la manera en que se hacen las leyes en ambos países es disímil, pero en todos los casos se registran implicaciones generales y otras particulares, según los contextos educativos y políticos asociados a las figuras de autoridad que, de acuerdo con el poder que legalmente poseen, tienen la capacidad no sólo de hacerlas sino de que sean acatadas por las comunidades respectivas.

A ello se suma que cada país tiene su historia política y, del mismo modo, su sistema educativo también la tiene. En este sentido vale la pena recordar que en los años noventa se impulsaron reformas educativas en buena parte de América Latina que, entre otros propósitos, abogaban por la descentralización educativa y la democratización de los sistemas escolares (López, 2007). Cada país latinoamericano vivió estos procesos dentro de otros más generales orientados a la transformación democrática. En este sentido, en México, a pesar de que formalmente ha sido una república federal desde épocas remotas, las entidades no practicaban tales facultades en el ámbito educativo hasta la reforma educativa lanzada en 1992 con el Acuerdo Nacional para la Modernización de la Educación Básica, cuando fueron creados los sistemas educativos estatales. Esto condujo a que las autoridades de las entidades tuviesen la atribución de tomar decisiones y emprender acciones en materia educativa, con la excepción de asuntos salariales del magisterio, el presupuesto educativo y manejo de gran parte de los recursos y, por último, del contenido de los planes y programas educativos.

Por otra parte, una de las expresiones más relevantes del creciente interés público por la violencia escolar en México es, precisamente, la existencia de alrededor de una treintena de leyes sobre seguridad, acoso, violencia y convivencia escolar, aprobadas en casi todas las entidades del país en el lapso de una década, aproximadamente. Este es un hecho sin precedentes en la historia del sistema educativo mexicano, no sólo por las leyes en sí mismas, por los tópicos a los cuales se dirigen, por el número de leyes aprobadas o por las formas en que se hicieron, sino también por los procesos relativos a su instrumentación y aplicación, que han tratado de impulsarse en los sistemas educativos y las escuelas. Aunque se han configurado experiencias singulares de cada entidad, lo cierto es que hasta ahora los resultados han sido escasos en todas ellas (Zurita, 2016, 2013). La complejidad y especificidad requiere un análisis detallado, pues son diversos factores, y no solo educativos ni escolares, los que han determinado estas consecuencias.

Pero, si la atención se concentra en la creación masiva de dichas leyes, podría pensarse que es un indicio de la sensibilidad de los legisladores, que actuaron de forma expedita ante un conjunto de complejos y graves fenómenos en nuestra sociedad (Cárdenas y Cárdenas, 2010). Sin embargo, esta reacción inusual no puede entenderse si se ignora que está situada, a su vez, dentro de los cambios registrados en la manera de hacer las leyes en México durante los últimos veinte años (Béjar, 2012). De acuerdo con Luisa Béjar, esta transformación se debe fundamentalmente a dos transiciones registradas en la reciente historia política nacional concernientes, por un lado, al paso de un arreglo autoritario a uno democrático; y, por otro, de un régimen centralizado a otro descentralizado. En el primer caso, una de sus implicaciones más relevantes ha sido el incremento de agentes que pueden incidir en el debate y aprobación en los Congresos. En el segundo, se ha vuelto más difícil el proceso legislativo y más inciertos sus resultados. De este modo, la época donde el presidente decidía de forma total o parcialmente unilateral lo más importante, mientras que los Congresos solo obedecían, parece haber concluido. Los actores

subnacionales se han multiplicado y tienen mayor capacidad y poder para incidir en los procesos legislativos.

Ese contexto pudo haber incidido de forma importante en la promulgación de la treintena de leyes específicas en casi todas las entidades de México. Sin embargo, a diferencia de otros países latinoamericanos, en México no se ha logrado el consenso necesario en el Congreso de la Unión para contar con una ley federal, a pesar de las iniciativas que han sido presentadas. No obstante, ello no ha sido obstáculo para que otras agencias gubernamentales y organismos públicos aprueben instrumentos para prevenir y eliminar la violencia escolar, como fue el caso de la Suprema Corte y las Comisiones de Derechos Humanos, por ejemplo. Ahora bien, en otros países latinoamericanos también han sido creados instrumentos de diferente estatus jurídico de carácter nacional, federal y/o subnacional para prevenir, atender y eliminar la violencia escolar. Entre éstos se encuentran Argentina (Ley 26.892 para la Promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad en las instituciones educativas), Bolivia (Ley 548), Chile (Ley sobre violencia escolar y Política Nacional de Convivencia Escolar 2015/2018), Colombia (Ley 1620 Por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar) y Costa Rica (Ley N° 7476, Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia). Estas acciones, emprendidas por los Congresos, por varias agencias gubernamentales y por los ministerios de educación, paulatinamente han sido incorporadas a los sistemas educativos, transformando los sentidos, alcances y significados de la normatividad materializada en los reglamentos escolares. Por ahora, en Argentina, Chile y México han sido documentadas estas experiencias. Si bien la naturaleza de estos procesos varía de país a país, la percepción predominante entre los integrantes de las comunidades escolares es que “los cambios son impulsados desde fuera y desde arriba de las escuelas”; lo cual, inevitablemente, genera un cuestionamiento a la legalidad y legitimidad de aquellos actores que tomaron esas decisiones.

Los análisis publicados en estos temas indican que, lejos de promover la conformación de espacios seguros y de ambientes propicios para la enseñanza y el aprendizaje, dichos instrumentos jurídicos tienen poca o débil consistencia con los principios del derecho a la educación y el régimen internacional de derechos humanos (Henry, 2009; Carrasco, *et. al.*, 2012; Litichever, 2012; Magendzo, *et. al.*, 2013; Ochoa y Díez-Martínez, 2013; Landeros y Chávez, 2015; Zurita, 2016, 2013). La consecuencia de esto es, por ejemplo, la inexistente o limitada participación de la comunidad escolar en su construcción, especialmente de los principales involucrados –los estudiantes–; el predominio de un acentuado enfoque punitivo; la incorporación excesiva e ilimitada de sanciones; el poco conocimiento y la limitada difusión de las normas entre los diferentes integrantes de las comunidades, y la carencia de los elementos centrales del debido proceso en su aplicación (Landeros y Chávez, 2015; Zurita, 2016). Este panorama se agrava todavía más porque no son pocos los instrumentos jurídicos que desconocen la naturaleza de la violencia en las escuelas y de sus diferentes expresiones, que la hacen un fenómeno incomparable respecto a otros tipos de violencia que suceden en otros terrenos (Gómez y Zurita, 2013; Zurita, 2013). Además, las leyes, los acuerdos nacionales, las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia en esta materia, los marcos de convivencia escolar y otros instrumentos jurídicos tampoco consideran el importante papel que tiene el diseño institucional y organizacional de las escuelas en aspectos sustanciales concernientes a quiénes y cómo toman las normas destinadas a mantener el control, la disciplina y el orden. Tal es el caso de los lineamientos, que han sido propagados en los últimos años para construir los reglamentos escolares en las escuelas mexicanas de nivel básico (Zurita, 2016).

Por ello es indispensable saber lo que ocurre en las acciones de escala micro dirigidas hacia las escuelas. Donde, después de un conjunto abigarrado de mediaciones organizacionales e institucionales propias de los sistemas educativos, se busca plasmar aquellos cambios en la vida escolar cotidiana. El gran problema es que esos cambios impulsados por leyes, acuerdos, marcos de convivencia y otros instrumentos conciben a la violencia escolar como un problema social. Al partir desde esta perspectiva, se crean iniciativas que no llegan a la esencia de las instituciones escolares (Dubet, 2004, 2010). Con ello, se ignora el hecho esencial de que, según la investigación educativa, la violencia escolar es una manifestación de otros fenómenos que ocurren a su interior (Zurita, 2016).

Los reglamentos escolares, así como las valoraciones construidas por los diferentes integrantes de las comunidades escolares, poseen una gran relevancia en el acontecer cotidiano de las escuelas. Es decir, además de que dichos reglamentos articulan su funcionamiento y organización e inciden en el logro escolar de los alumnos, también influyen en su desempeño social en tanto miembros de una comunidad respecto a la cual construyen vínculos de pertenencia e identidad (Appleton *et al*, 2008: 369). Ahora bien, en el marco de la institucionalización y consolidación que experimentó en la última década el área de investigación abocada a la convivencia, disciplina y violencia escolar en Latinoamérica, se aprecia un repunte reciente en trabajos relacionados con el estudio de las normas escolares en general y de los reglamentos escolares en particular (Zurita, 2016). Buena parte de este repunte se explica por la asunción, un tanto extendida, de que la violencia escolar y, especialmente, su reciente y acentuado incremento, obedece a la falta de normas y, sobre todo, de sanciones aplicables en las escuelas. Frente a ese supuesto, las posturas se multiplican, pues para algunos no es la carencia sino la existencia de normas que poco sirven para construir, establecer y aplicar sanciones lo suficientemente severas que, de forma efectiva y eficiente, contribuyan a reducir la violencia y consigan que los padres, madres y/o tutores sean lo suficientemente estrictos para emprender en el hogar acciones disciplinarias acordes con las impuestas en las escuelas. Algunos más consideran que las normas son incongruentes e ilógicas, dado que se orientan hacia cuestiones que actualmente no tienen relación estrecha con las causas de la violencia ni del conflicto, como la apariencia, la vestimenta y la higiene personal, y cuya utilidad existía tiempos atrás cuando respondían a los esfuerzos por imponer cierta homogeneidad y asegurar la disciplina y el control escolar. Otros especialistas, autoridades y representantes de organismos civiles opinan que, para tener mayor legitimidad, las normas tendrían que ser construidas democráticamente entre los distintos integrantes de las comunidades escolares. Como se puede advertir, las visiones sobre las normas y los reglamentos son diversas y en ellas se expresan tanto posturas autoritarias como democráticas, así como otras que combinan factores de ambas.

Mientras tanto, el alumnado es educado con la plena convicción de que las normas que realmente se aplican día a día a través de los reglamentos no tienen nada que ver con normas generales, prospectivas, estables, claras, transparentes e imparciales (Vázquez, 2012). El alumnado sabe por su propia experiencia que los procesos de construcción y los contenidos de los reglamentos son imprecisos, ignorados y restringidos. No ignoran tampoco que su aplicación es discrecional, parcial y privada (Zurita, 2016).

En general, a pesar de los esfuerzos y recomendaciones por construir “verdaderos pactos de convivencia escolar” (Eljach, 2011), continúa prevaleciendo la idea de que los reglamentos son un instrumento crucial e indispensable para la disciplina, el orden y el control escolar. En este contexto, la disciplina ha sido un instrumento estratégico e imprescindible para silenciar voces, implantar la autoridad,

uniformar a los individuos, aniquilar la diferencia y, desde ahí, garantizar el funcionamiento de una institución autoritaria, vertical y jerárquica donde unos mandan y otros obedecen, donde unos saben y otros aprenden.

No obstante, las numerosas acciones para prevenir y eliminar la violencia en las escuelas cifran sus buenos resultados en varios factores, entre los cuales sobresale el uso efectivo de reglamentos escolares y la aplicación de sanciones a quienes cometan actos indebidos. Pero, conviene subrayar que los reglamentos revelan las concepciones, posturas y valoraciones de una comunidad escolar, frente a las formas en que los principios asociados a la legalidad y legitimidad de aquellos concebidos como las autoridades (directores, docentes o, bien otras figuras externas a las escuelas y a los sistemas educativos) se plasman en decisiones y acciones concretas.

En este marco, la proliferación de programas para la prevención de la violencia escolar acordes con la perspectiva de *Tolerancia Cero*, caracterizados por los enfoques punitivos, autoritarios y discrecionales, han recibido numerosas descalificaciones. La oleada de críticas negativas se debe a que estas iniciativas no ayudan a prevenir y atender problemas específicos, sino que amenazan la garantía y ejercicio pleno del derecho a la educación. Las medidas disciplinarias que proponen, como las suspensiones y expulsiones, propician la disminución de tiempo destinado a la instrucción, el incremento de las dificultades académicas, la desvinculación/desafiliación escolar y el aumento del riesgo al rezago y abandono escolar.

Aunado a ello, se tiene ampliamente documentado el componente de discriminación, racismo y exclusión en la aplicación de dichas medidas, que suelen ser aplicadas en mayor medida y severidad a ciertos grupos poblacionales como los que tienen alguna discapacidad, los que pertenecen a un estatus socioeconómico bajo, los indígenas, los afrodescendientes, los que tienen un bajo rendimiento y aprovechamiento, los migrantes, entre otros. En contraste, los programas que han tenido resultados más satisfactorios para revertir los procesos institucionales de las escuelas que perpetúan diversas expresiones de violencia escolar, han optado por crear reglamentos y normas basadas en principios de justicia restaurativa. Este tipo de justicia le da mayor relevancia a la noción de involucramiento social y menos a la de control social orientado a la construcción, mantenimiento y reformulación de las relaciones entre los individuos que forman parte de un contexto social determinado (Zurita, 2016).

La cuestión es que en la gran mayoría de las estrategias lanzadas para prevenir la violencia en las escuelas se termina apelando a los principios de legalidad y legitimidad que tienen las autoridades escolares y educativas para decidir la creación, difusión y aplicación de las normas y los reglamentos escolares. Con todo, a pesar de los esfuerzos recientes, como algunas reformas educativas que impulsan la democratización de los sistemas educativos y la autonomía de la gestión escolar, la participación de los múltiples integrantes de comunidades escolares continúa estando al margen de la toma de decisión de asuntos prioritarios, como la creación, uso y aplicación de los reglamentos escolares.

En resumen, lo que se observa es que la autoridad de las escuelas, que tradicionalmente encarnaban los directores y docentes, está disputada por otras figuras externas que, desde numerosos polos, les encomiendan a las escuelas diversos propósitos, no siempre congruentes entre sí, ni tampoco con los objetivos depositados en las instituciones educativas. Así, se les exige a las escuelas que sean más eficientes y eficaces en la reducción de la violencia escolar cuando,

paradójicamente, se les han reducido las responsabilidades y atribuciones para lograrlo.

3. Reflexiones finales

En este documento se expusieron varias implicaciones que las acciones para combatir la violencia han provocado en los principios de autoridad, legalidad y legitimidad en los centros escolares. Este hecho inusitado requiere ser estudiado detalladamente debido a que, como bien lo han documentado desde tiempos remotos, dichos principios han estructurado no solo el funcionamiento cotidiano, sino la propia esencia de la escuela como una institución propia de la modernidad.

Con todo, los reglamentos escolares son construcciones histórica y culturalmente situadas. Su análisis implica considerar la activación de estos procesos en los ámbitos en los cuales se inscribe su creación, difusión, uso y aplicación. Estos procesos solían estar limitados al espacio escolar y al sistema educativo. Sin embargo, a pesar de que esa realidad cada vez se disipa más, los integrantes de las comunidades escolares tienen un papel importante en esas acciones, aunque su intervención no siempre sea legítima, legal ni abiertamente reconocida, pues persisten limitadas oportunidades y experiencias de participación escolar en asuntos relevantes. (Zurita, 2016).

La disputa por la autoridad, la legalidad y la legitimidad en las escuelas se está configurando en los diferentes niveles institucionales y organizacionales de los sistemas educativos y también en áreas gubernamentales de otros sectores, órdenes y poderes, espacios civiles e internacionales, como lo muestran los países latinoamericanos que han compartido esta experiencia. A nivel macro y desde una visión optimista, se ha gestado una democratización, descentralización y pluralización en el espacio de las políticas educativas; lo cual se vive de distinto modo según el régimen político, el tipo de estado, el grado de democratización y descentralización y la consolidación de la ciudadanía, entre otros factores (Selee, 2011). Esto se podría acercar a un esquema de gobernanza, que implicaría que las metas, al ser establecidas colectivamente, sean establecidas por múltiples actores, que participarían en la elaboración y puesta en práctica de las políticas públicas dirigidas a problemas contemporáneos –como la violencia escolar–, que por su complejidad requieren ser atendidos mediante acciones integrales llevadas a cabo con la corresponsabilidad de actores situados en diferentes niveles y espacios (Aguilar, 2010). El lado negativo de este escenario es que se ha fragmentado la autoridad y las decisiones tomadas son numerosas, diferentes y hasta opuestas, no solo en lo concerniente a lo que se debe hacer para prevenir la violencia sino, incluso, a qué se entiende por violencia escolar, cómo debe ser sancionada y quién lo debe hacer. Desde este acercamiento, la autoridad, legalidad y legitimidad que se les reconocía a las escuelas y a los sistemas educativos para atender este problema, está siendo disputada en el presente por parte de actores que históricamente no solían involucrarse en esos asuntos. Con ello, se han creado y profundizado vacíos y contradicciones respecto a qué le corresponde hacer a las escuelas y a sus autoridades para prevenir, atender y eliminar la violencia escolar. Al no ser tomada en cuenta esta implicación no deseada, buena parte de las iniciativas encaminadas a la consecución de esos propósitos, están enfrentando desde su comienzo, más riesgos de fracasar.

Bibliografía

- AGUILAR, L. F. (2010), *Gobernanza: El nuevo proceso de gobernar*, Fundación Friederich Naumann para la Libertad, México.
- APPLETON, J., J., CHRISTENSON, S. L. y FURLONG, M. J. (2008), "Student engagement with school: Critical conceptual and methodological issues of the construct", *Psychology in the Schools*, Vol. 45 (5), pp. 369-386.
- BÉJAR, L. (2012), "¿Quién legisla en México? Descentralización y poder legislativo en México", *Revista Mexicana de Sociología*, 74, núm. 4, octubre-diciembre, pp. 619-647.
- CÁRDENAS, S. y CÁRDENAS, M. (2010), *La participación del poder legislativo en la definición de la política educativa en México.*, CIDE, Colecc. Documentos de Trabajo 253, México
- CARRASCO, C., LÓPEZ, V. y ESTAY, C. (2012), "Análisis crítico de la Ley de Violencia Escolar en Chile", *Psicoperspectivas, Individuo y Sociedad*, vol. 11, núm. 2, pp. 31 – 55.
- DUBET, F. (2004), "Conflictos de normas y ocaso de la institución", *Estudios sociológicos*, vol. XXII, núm. 64, enero-abril, pp. 3-24.
- DUBET, F. (2010), "Crisis de la transmisión y declive de la institución", *Política y Sociedad*, vol. 47, núm. 2, pp. 15-25.
- ELJACH, S. (2011), *Violencia escolar en América Latina y el Caribe: superficie y fondo*, PLAN INTERNACIONAL Y UNICEF, Panamá.
- GÓMEZ, A. y ZURITA, U. (2013), "El estudio de la violencia escolar, orígenes y tendencias". En: FURLAN, A. y SPITZER, T. C. (Coord. Gral.), *Convivencia, disciplina y violencia en las escuelas 2002 - 2011*. México, COMIE – ANUIES, pp. 183-222.
- HENRY, S. (2009), "School violence beyond Columbine. A complex problem in need of an interdisciplinary analysis", *American Behavioral Scientist*, Vol. 52, num. 9, pp. 1246-1265.
- LANDEROS, L. y CHÁVEZ, C. (2015), *Convivencia y disciplina en la escuela. Análisis de reglamentos escolares de México*, INEE, México.
- LAVEAGA, G. (1999), *Cultura de la legalidad*, Serie Estudios Jurídicos número 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México.
- LITICHEVER, L. (2012), "¿Qué se regula hoy en las escuelas? Una mirada sobre las prescripciones de los reglamentos de convivencia", *Revista Iberoamericana de Educación*, ONU OEI, núm. 59, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://rieoei.org/historico/deloslectores/4839Litichever.pdf> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2018).
- LÓPEZ, N. (2007), *Las nuevas leyes de educación América Latina. Una lectura a la luz del panorama social y educativo de la región*, Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación IPE-UNESCO, Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación, Buenos Aires.
- MAGENDZO, A., TOLEDO, M. y GARCÍA, V. (2013), "Descripción y análisis de la Ley sobre violencia escolar (20.536): dos paradigmas antagónicos", *Estudios Pedagógicos*, Vol. 39, núm. 1, pp. 377 - 391.
- MARCILLA, G. (2014), "Imperio de la ley", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, Septiembre-Febrero, pp. 177-185.
- OCHOA, A. y DIEZ-MARTÍNEZ, E. (2013), "El reglamento escolar como eje de análisis de la convivencia en la escuela", *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.*, v. 21, n. 81, out./dez. pp. 667-684.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) (2008), *La Seguridad Pública en las Américas: retos y oportunidades*. Washington D. C.: OEA documentos oficiales.
- RED EUROPEA DE INFORMACIÓN EN EDUCACIÓN (EURYDICE) (2012), *La educación para la ciudadanía en Europa*. España: Eurydice.

- RED EUROPEA DE INFORMACIÓN EN EDUCACIÓN (EURYDICE) (2005), *La educación para la ciudadanía en el contexto escolar europeo*, España: Eurydice.
- SELEE, A. (2011), *Decentralization, Democratization, and Informal Power in Mexico*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania.
- VAZQUEZ, R. (2012), “Legalidad y laicidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 3, septiembre 2012-febrero 2013, pp. 141-149.
- ZURITA, U. (2011), “Las escuelas mexicanas y la legislación sobre convivencia, seguridad y violencia”, *Revista Educación y Territorio*, vol. 1, número 2, pp. 19-36.
- ZURITA, U. (2013), “Políticas, programas, legislación, proyectos y acciones gubernamentales y no gubernamentales”. En: FURLAN, A. y SPITZER, T. C. (Coord. Gral.), *Convivencia, disciplina y violencia en las escuelas 2002 - 2011*. México, COMIE – ANUIES, pp. 457-520.
- ZURITA, U. (2016), *No gritar, no correr, no empujar. Las miradas, voces y acciones de los estudiantes y los docentes del DF respecto a las normas*, UNAM, México.

Corrupción en las transacciones comerciales internacionales

Corruption in international business transactions

Julio Díaz-Maroto y Villarejo*
Universidad Autónoma de Madrid
julio.diazmaroto@uam.es

Recibido / received: 24/01/2018
Aceptado / accepted: 09/02/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4172>

Resumen

El trabajo pretende mostrar, mediante un análisis del artículo 286 ter del Código Penal, la respuesta que el ordenamiento jurídico-penal español ofrece a un fenómeno tan frecuente y dañino como es el de la corrupción en el ámbito concreto de las transacciones económicas internacionales. La materia, objeto de atención de los organismos internacionales (ONU, OCDE, UE, etc.), constituye uno de los temas más candentes dentro de la actual política criminal.

Palabras clave

Corrupción y soborno, transacciones económicas, globalización.

Abstract

The essay tries to show, through the analysis of art. 445 of the Spanish criminal code, the answer that the Spanish criminal system gives to a phenomenon as frequent and harmful as the corruption within international business transactions. This topic has drawn the attention of international organizations (UNO, OECD, EU...) and constitutes one of the hottest issues of today's criminal policy.

Keywords

Bribery and corruption, economic transactions, globalization.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Ubicación sistemática y bien jurídico protegido. 3. Sujetos. 4. Funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales. 5. Comportamiento típico. 5.1. Tipo básico. 5.2. Tipos agravados. 5.3. Objeto material. 8. Penalidad. 9. Competencia y corrupción pasiva.

* Catedrático acreditado de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid.

1. Introducción

Además de los tipos penales de cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos (arts. 419 y ss. CP), entre los delitos contra el mercado y los consumidores regulados en la actualidad en el Código Penal se encuentra una figura específica de “corrupción de autoridades o funcionarios en transacciones comerciales internacionales”, recogida desde la reforma de la LO 1/2015 en el artículo 286 ter CP:

Artículo 286 ter.

1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.

2. Ubicación sistemática y bien jurídico protegido

En primer lugar, cabe destacar que, desde su introducción en nuestro Código Penal, se puso de manifiesto la inadecuada ubicación del precepto (Díaz-Maroto y Villarejo, 2007, pp. 2-3). Originariamente, el Título dedicado a la corrupción internacional se situó entre los destinados a tutelar con carácter general el correcto desempeño de la función pública: delitos contra la Administración pública y delitos contra la Administración de justicia. Parecía, entonces, que debía inferirse que la finalidad que perseguía la incriminación de los comportamientos allí descritos se situaba también en el *correcto desempeño de la función pública*.

No obstante, las conductas incriminadas en el viejo art. 445 tutelaban intereses que nada o poco tienen que ver con este. En concreto, el bien jurídico tutelado en este delito debería cifrarse en el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional, por lo que el lugar sistemático adecuado para incorporar este ilícito debería haber sido, atendido el bien jurídico, el Título dedicado a los *delitos socioeconómicos*¹. Es lugar común señalar el poder corruptor que la llamada delincuencia económica ejerce sobre la Administración pública involucrando a los funcionarios públicos, o que la criminalidad organizada (unida a la criminalidad de empresa), por su capacidad expansiva y su habilidad corruptora en el ámbito político y social de las sociedades

² Al respecto, véase De La Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero (2001-2002, p. 12); Fabián Caparrós (2003, p. 80); Núñez Paz (2003, p. 194); Benito Sánchez (2012, p. 175).

modernas, suponga una verdadera lacra social (Díaz-Maroto y Villarejo, 2016a, pp. 845-869).

La confusión generada por el legislador en cuanto al bien jurídico protegido no hizo sino acrecentarse con el cambio de ubicación operado por la LO 15/2003: si lo que quería protegerse era la función pública (en atención a la rúbrica del Título en que se insertaba), entonces no tiene sentido que la nacionalidad del funcionario alterase la naturaleza del cohecho. Téngase en cuenta que, si la misma conducta se realizara para obtener una decisión favorable de un funcionario público español que participara en una actividad económica internacional, entrarían en consideración los tipos clásicos de cohecho, para los que se prevén modalidades distintas.

La confusión continuó, pues la reforma de 2010 mantuvo dicha ubicación entre los “delitos contra la Administración pública”. No obstante, el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales² (París, 17-12-1997), en virtud del cual se creó el precepto penal, redactó el tipo sin atender a un concepto, como el del bien jurídico, que solo constituye un instrumento de racionalidad legislativa en la tradición jurídica europea (Nieto Martín, 2010, p. 548). Finalmente, la reforma de 2015 terminó por ubicarlo en la mencionada sede de los delitos socioeconómicos, en el art. 286 ter.

En segundo lugar, el tipo penal ostenta una naturaleza *esencialmente socioeconómica* que tiende a proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional. Se intenta así proteger el desarrollo de una competencia leal en el mercado internacional. Acertada, pues, parece la nueva ubicación del precepto dentro de los delitos contra el orden socioeconómico y, concretamente, en el ámbito de los delitos contra el mercado y los consumidores, al protegerse ahí las reglas de competencia en el mercado.

No obstante, teniendo en cuenta que el objetivo del Convenio OCDE es salvaguardar el principio de libre y limpia competencia, esencial para el buen funcionamiento del mercado, cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un acto de contratación pública, no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pública. Por todo ello, se ha entendido que es innegable la doble naturaleza del bien jurídico protegido: el libre mercado y la función pública³ (Cugat Mauri, 2004, p. 2116). Este carácter *pluriofensivo* del precepto es consecuencia de la observación de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia.

Con este precepto, entonces, se tutelan tanto la *imparcialidad de los funcionarios públicos* en el ejercicio de la función pública como la *competencia*, si bien el peso de esta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción aquí sólo es punible cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas. De ahí que se haya señalado que el bien jurídico protegido por el art. 286 ter es “la competencia leal y honesta. Es un delito de competencia desleal”⁴. En todo caso, tras la reforma de 2015, aparece más nítidamente que “la identificación del bien jurídico

² En adelante, Convenio OCDE.

³ Véase también De La Mata Barranco (2004, p. 15), quien señala que, aunque en un primer momento el bien jurídico protegido en este tipo penal puede parecer referido al correcto ejercicio de la función pública —transnacional—, la perspectiva económica aporta un elemento fundamental.

⁴ Siendo la violación del principio de objetividad e imparcialidad el medio para conseguir una ventaja competitiva. Véase, categóricamente, Feijoo Sánchez (2017, pp. 2-3 y 13).

ya no resulta tan clara o, en todo caso, no puede ser ya únicamente la competencia leal” (Rodríguez Puerta, 2016).

3. Sujetos

Dado que el tipo penal está concebido como un delito común (“los que”), el *sujeto activo* que cometerá el delito puede ser *cualquier particular* que corrompa o intente corromper al funcionario público con la finalidad allí descrita.

Ahora bien, resulta difícil imaginar casos de adjudicación de contratos en los que la persona física que ofrece un soborno al funcionario extranjero no actúe en nombre de una *empresa* que aspire a lograr una posición dominante respecto de la competencia⁵. Debe recordarse que la reforma de 2010, tras otros intentos fallidos⁶, introdujo en el CP un nuevo art. 31 bis, que recoge una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica: los casos de delito cometido por el *administrador o representante* de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho; y los casos de delito cometido por un *empleado* sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando este haya podido cometerse debido a la falta de la debida vigilancia sobre él (Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 13 y ss.; Feijoo Sánchez, 2016, pp.75-78).

Además, tras la reforma de 2015, el art. 288, dentro de las Disposiciones comunes aplicables a los supuestos previstos (entre otros, en el art. 286 ter), señala que, cuando una persona jurídica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, sea responsable del delito que comentamos, se le impondrán las siguientes penas: a) multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; y b) multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos⁷.

Aun cuando el delito de corrupción en transacciones comerciales internacionales sea un delito común en el que el autor puede ser cualquier persona, en el tipo penal se recoge —en consonancia tanto con el Convenio OCDE como con las propuestas adoptadas en el seno de la Unión Europea— tanto la corrupción directa, realizada por el propio autor, como indirecta, por persona interpuesta. Esta mención expresa a la persona interpuesta parece superflua, si bien es posible entender que dicha mención sirve para dejar claro, sin necesidad de acudir siquiera a las reglas generales, que quien corrompe o intenta corromper es autor en todo caso

⁵ Se ha dicho que la corrupción como arma mercantil se convierte en una cuestión de toma de decisión racional que es adoptada, planeada y ejecutada por empresarios que operan en ámbitos inmersos en el mercado global con la complicidad de funcionarios públicos (Olaizola Nogales, 2006, p. 381).

⁶ Sobre los distintos avatares, véase Rodríguez Mourullo (2009, pp. 253-282).

⁷ Además, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 (disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar actividades, inhabilitación para obtener ayudas públicas e intervención judicial). Estas previsiones respecto a las personas jurídicas contribuirán a que las empresas españolas con actividades comerciales en el extranjero, aun cuando incluyan la prohibición de estas conductas en sus “códigos éticos”, pongan en marcha “programas de cumplimiento” (*compliance programs*) que eviten la comisión de estos hechos por parte de sus directivos y empleados, ya que no contar con estos programas supone una infracción del *debido control* a que se refiere el art. 31 bis CP y puede dar lugar a la imputación de la empresa. Véase, explícitamente, Nieto Martín (2010, p. 552). Véase también, ampliamente, Alonso Gallo (2011, pp. 143-199).

(Olaizola Nogales, 2002, p. 479). Se castigan, por tanto, las conductas de quienes *utilizan a un tercero para corromper* al funcionario público extranjero.⁸

El sujeto sobornado solo puede ser la autoridad o funcionario público, habiéndose eliminado, a mi juicio incorrectamente, la calificación concreta de “extranjero”. Entendemos que tal decisión va a ser causa generadora de frecuentes supuestos concursales con los tipos de cohecho activo (Otero González, 2016, pp. 483-486). El propio art. 286 ter 1 CP parece vislumbrar tal posibilidad y trata de resolverla señalando que los autores han de ser castigados, “salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto del Código Penal”, con lo que, atendiendo a esa fórmula de alternatividad, deben aplicarse el art. 8.4 y, en consecuencia, los tipos de cohecho. Sin embargo, no parece que esta sea la solución correcta, pues, en realidad, el art. 286 ter debe considerarse ley especial respecto de las figuras de cohecho.

4. Funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales

Una de las preocupaciones puestas de manifiesto por la OCDE era la inexistencia en nuestro Derecho interno de un *concepto* de funcionario público extranjero en los términos previstos en el art. 1.4 del Convenio OCDE. Al respecto, se ha señalado que la definición de autoridad y funcionario público nacionales contenida en el art. 24 del CP podría extrapolarse al internacional. En ella tendrían cabida, en principio, todos los supuestos previstos en el Convenio, e incluso cabría plantearse la aplicación directa del Convenio en este punto⁹, opción por la que parece que habían optado las autoridades españolas. En la nueva redacción del art. 427 (al que se remite el art. 286 ter 2), también se debe entender por funcionario público (extranjero) a estos efectos (además de los contemplados en el art. 24):

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública, y c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública¹⁰.

5. Comportamiento típico

Entre las *modalidades* de conducta constitutivas del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se distingue un tipo básico y unos tipos agravados (Díaz-Maroto y Villarejo, 2016b, pp. 1338-1339).

⁸ La figura del *intermediario* es esencial en las figuras de cohecho, sobre todo cuando éste se realiza en el comercio internacional, donde las empresas necesitan valerse de conocedores del medio que los pongan en contacto con las personas idóneas. La conducta del intermediario ha de ser considerada como *coautoría*. Según el *Informe OCDE (2015) sobre el soborno internacional*, en 3 de cada 4 casos de cohecho internacional hubo participación de intermediarios. En el 41 % de los casos eran intermediarios tales como agentes locales de ventas y mercadotecnia, distribuidores y brókeres. Otro 35% de los intermediarios fueron instrumentos societarios, tales como empresas filiales, firmas locales de consultoría, empresas ubicadas en centros financieros extranjeros o paraísos fiscales, o empresas establecidas bajo la titularidad real del servidor público que recibió el soborno.

⁹ Véase Alcalá Pérez-Flores (2006, p. 211), quien, no obstante, era partidario de incluir el concepto en un nuevo apartado del art. 24 CP.

¹⁰ Esta definición de funcionario público extranjero utiliza la contenida en el antiguo art. 445.3 para refundirla con la que ya se contenía en el art. 427 en relación con la de funcionario de la Unión Europea. De ahí, que el texto se remita al art. 24, que no sufre variación alguna en su redacción, y al modificado art. 427 para concretar los sujetos.

5.1. Tipo básico

Según el art. 286 ter 1, la acción delictiva puede consistir en ofrecer, prometer o conceder cualquier beneficio o ventaja indebidos, económicos o de otra clase al funcionario público, con la finalidad de corromper o intentar corromper, o atender las solicitudes realizadas por los funcionarios.

Corromper equivale a aceptar o admitir dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por parte del funcionario público extranjero. *Atender a las solicitudes del funcionario público* significa la aceptación por parte del particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega, inmediata o futura, de cualquier beneficio o ventaja indebidos.

La finalidad que ha de perseguir el particular con su conducta es doble: por un lado, conseguir o conservar un contrato en concreto; y, por otro, y más genéricamente, conseguir o conservar cualquier otra ventaja competitiva relacionada con la actividad económica internacional.

El contenido del acuerdo no alcanza a cualquiera de las actividades que puede desempeñar en el ejercicio del cargo el funcionario público (incluidos los extranjeros o los pertenecientes a una organización internacional), sino únicamente a aquellas que afectan a las transacciones económicas internacionales.

La conducta contemplada en este tipo penal guardaba muchas similitudes con el delito de *cohecho activo o de particular*, pudiendo considerarse entonces como un supuesto de esta figura delictiva, cuyas penas le eran de aplicación por la remisión explícita que se hacía en el tipo al art. 423 “en sus respectivos casos”, caracterizado por cometerse en la realización de actividades económicas internacionales y dirigirse a la corrupción de un funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales.

La conducta, pues, venía a coincidir con la de las modalidades de cohecho (arts. 419 y 423). No obstante, en su redacción actual, se afirma su *carácter autónomo* respecto de esas figuras penales, si bien mantiene la simetría con los comportamientos de particulares que se contemplaban en el anterior art. 423 (actuales arts. 419 y 420).

5.2. Tipos agravados

El art. 286 quater recoge, en lo que aquí respecta, varios supuestos agravados de este delito basados en los resultados de *especial gravedad* de los hechos, que son aplicables, en principio, tanto a este tipo como a los comportamientos de corrupción en los negocios y corrupción en el deporte: a) cuando el beneficio o ventaja tengan un valor especialmente elevado; b) cuando la acción del autor no sea meramente ocasional; c) cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; d) cuando el objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros que sean de primera necesidad¹¹.

Algunas de estas situaciones tienen un claro carácter valorativo, por lo que queda en manos del juez su consideración o no como de especial gravedad; en particular, la referida al valor especialmente elevado del beneficio o ventaja requerirá que los tribunales delimiten en qué casos puede entenderse que se daría esta

¹¹ En este tipo, además de tener en cuenta la normativa del Derecho humanitario, debe considerarse la doctrina y jurisprudencia en torno a su previsión en los delitos de hurto, daños y estafa.

circunstancia en estos delitos de corrupción, al tratarse de un concepto indeterminado que, en otros supuestos similares, ha ido perfilando la jurisprudencia.

En la agravación en que se exige que el comportamiento del autor no sea ocasional, ha de entenderse que es necesario que haya cometido comportamientos corruptos en diversas ocasiones, aunque no parece que se requiera que haya habitualidad.

Especialmente criticable resulta la agravación centrada en la *organización o grupo criminal*, discutible ya por de por sí, por la inadecuada técnica legislativa que supone aunar la previsión de los preceptos que específicamente castigan la pertenencia a una organización o grupo criminal (arts. 570 bis y ter CP) con el casuismo de las agravaciones en determinadas figuras delictivas como estas, en el caso de que el correspondiente delito se comete en el seno de una organización o grupo criminal.

Todo lo expuesto plantea, entre otros inconvenientes, importantes problemas concursales.

5.3. Objeto material

Desde la perspectiva del particular, el objeto del acuerdo se encuentra integrado por los ofrecimientos, promesas o concesiones de cualquier tipo; esto es, prestaciones de carácter material valorables económicamente, que abarcan cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase (art. 1.1 Convenio OCDE)¹².

En cuanto al valor de la contraprestación, para la doctrina, el criterio fundamental no es (no debe ser, cabe agregar) ni cuantitativo ni social normativo, sino de *imputación objetiva*: lo importante es que la contraprestación ilícita debe tener capacidad objetiva de corromper (Olaizola Nogales, 2002, p. 479). Los denominados y frecuentes “pagos de facilitación” o “de engrase”, excluidos por el Convenio OCDE, siempre y cuando fueran “pequeños”, no parece que deban entenderse incluidos en el tipo por la desproporción de la pena a aplicar hipotéticamente ahora, sobre todo cuando no están vinculados a ventajas competitivas¹³ (Benito Sánchez, 2015, pp. 226-227; Feijoo Sánchez, 2017, pp. 3-5).

En todo caso, dado el fenómeno del soborno transnacional, todo apunta a que este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas sean verdaderamente *relevantes*, si bien, cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado, estaremos ante el tipo agravado¹⁴.

Si, como yo entiendo, el artículo 286 ter CP está configurado como un delito de *tendencia* —esto es, en el que la acción se define como expresión de una tendencia subjetiva del agente, de tal manera que sólo resulta típica si su ejecución externa va acompañada de esa tendencia interna—, esa finalidad debe ser

¹² En las Recomendaciones de la OCDE de 2006 ya se hacía hincapié en que la norma penal española debía dejar claro que en el tipo están incluidos tanto los beneficios pecuniarios como los de cualquier otra índole (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.) (Alcalá Pérez-Flores, 2006, pp. 212-213).

¹³ La Recomendación del Consejo de la OCDE para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada el 26 de noviembre de 2009, EXHORTA a todos los países para crear conciencia entre sus servidores públicos con respecto a sus leyes internas sobre tentativas de corrupción y cohecho con el propósito de detener esas tentativas de corrupción y la aceptación de pagos de facilitación (Apartado VII).

¹⁴ Téngase presente, además, que, tanto la cuantía del soborno como el producto de la corrupción, o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, están sujetos a “embargo y confiscación”, utilizando la misma terminología del Convenio OCDE. Véanse los arts. 127 y ss. CP.

considerada como un elemento subjetivo del tipo (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2001-2002, p. 20; cfr. Fabián Caparrós, 2003, p. 105). De esta manera, la presencia o ausencia de tal elemento determina ya la tipicidad o atipicidad de la acción, siendo, por tanto, algo distinto del dolo (Rodríguez Mourullo, 1977, p.254; Muñoz Conde y García Arán, 2015, p. 296; Mir Puig, 2016, p. 287; Luzón Peña, 2016, pp. 222-223). En definitiva, creo que es preferible entender que el tipo de tendencia del artículo 286 ter CP requiere esa especial finalidad, como elemento subjetivo, a que sea necesario un dolo específico en la conducta del sujeto (Fabián Caparrós, 2003, p. 105).

6. Participación

El artículo 1.2 del Convenio OCDE se refiere a la punición de conductas¹⁵ que pueden ser interpretadas de manera equivalente a los comportamientos recogidos en los artículos 27 y siguientes del CP. Así, la *incitación* y la *instigación* tendrían su equivalencia en la inducción del artículo 28 a) CP, mientras que el *auxilio* podrá ser contemplado, según los casos, como cooperación necesaria o complicidad de los artículos 28 b) o 29 del CP, y la *autorización*, como autoría por omisión o como cooperación (Fabián Caparrós, 2003, p. 117). De todas formas, el inductor realiza ya el tipo penal, al establecerse en el artículo 286 ter CP la punición de la conducta realizada “por sí o por persona interpuesta”, la cual puede ser evidentemente un inducido (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2001-2002, p. 24).

Aunque se ha criticado que, desde la perspectiva de la punibilidad, la norma sanciona únicamente a uno de los dos sujetos cuya intervención es imprescindible para cometer el delito (el particular), se ha entendido, sin embargo, que penalizar la conducta del agente público extranjero no habría sido la solución acertada ni la más realista (Fabián Caparrós, 2003, p. 88; Núñez Paz, 2003, p. 197). En todo caso, el Código Penal español ha seguido las pautas marcadas por el Convenio de la OCDE y de la legislación anticorrupción norteamericana que le sirve de modelo, como la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, la *Trade Act* de 1988 y la *Internacional Anti Bribery and Fair Competition Act* de 1998 (Cugat Mauri, 2004, p. 2118, nota 169), cuyo pragmatismo al respecto es más que evidente.

7. *Iter criminis* y formas imperfectas de ejecución

El delito se consuma con el mero intento de corromper a la autoridad o al funcionario público, sin que sea preciso que aquél acepte, y mucho menos que realice el acto al que se había comprometido en contraprestación por el ofrecimiento, promesa o concesión de un beneficio o ventaja indebidos. La efectiva aceptación de la oferta por parte del funcionario, así como su actuación posterior, son irrelevantes a efectos de la consumación del delito, pues el delito queda perfeccionado con el acuerdo o su intento.

En cuanto a la *tentativa* propiamente dicha, debe ser castigada de la misma forma que en el derecho interno. Y esto es precisamente lo que se hace en el art. 286 ter al castigar a quienes intenten corromper al funcionario público con la misma pena que al que efectivamente corrompe (art. 1.2 Convenio OCDE). Se equiparan así conductas de mera tentativa a la consumación, con un adelantamiento de las barreras de protección penal. Esto supone que, una vez lanzada la oferta corruptora por parte del sujeto activo, su desistimiento voluntario posterior carecerá de relevancia (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2001-2002, p. 24).

¹⁵ “Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero”.

Respecto a la punición de los denominados por la doctrina *actos preparatorios punibles* —esto es, la conspiración, la proposición y la provocación—, el Convenio OCDE sólo hace referencia a la *confabulación*, que podríamos equiparar a la conspiración (art. 17.1 CP). La posibilidad de su castigo no está prevista ni contemplada en el tipo penal, lo que parece razonable a la vista de la regulación española en la que existe ese anticipo de las barreras de protección penales, aunque así lo prevea el Convenio.

8. Penalidad

El marco penal desde la reforma de 2015 es, resumidamente, el siguiente:

- a) Para el tipo básico, las penas de *prisión* de tres a seis años (al ser superior a dos años, no es aplicable la suspensión ordinaria del art. 80.1 CP), “multa por cuotas diarias” de doce a veinticuatro meses (salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa pasará a ser *proporcional* y se determinará del tanto al triplo del montante de dicho beneficio); así como “prohibición de contratar con el sector público, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años”.
- b) Para los tipos agravados del art. 286 quater, las penas en su mitad superior, pudiéndose alcanzar incluso las penas superiores en grado.

Debe llamarse la atención sobre la modificación operada en 2015 respecto a las penas a imponer, pues no parecía muy lógico que, hasta la reforma de 2010, siguiendo las remisiones a las penas que se establecían con los delitos de cohecho, la multa se estableciera sobre el valor de la contraprestación y no sobre el del beneficio obtenido o pretendido.

Como hemos visto, en el texto del art. 286 ter, además de la pena de prisión, la multa se establece del tanto al triplo del montante del beneficio. Una consideración de este tipo se hacía en las Recomendaciones de 2006, pues fijar el *quantum* de la pena de multa en función de la dádiva ofrecida parecía hacer depender a aquel de la mayor o menor facilidad para corromper al funcionario público. Téngase presente, además, que, tanto la cuantía del soborno como el producto de la corrupción, o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, están sujetos a “embargo y confiscación”, utilizando la misma terminología del Convenio OCDE.

Esta previsión del Convenio está cubierta respecto del tipo penal contemplado en el art. 286 ter por mor del contenido del art. 127 bis1.g, que establece el decomiso de las ganancias o beneficios obtenidos en actividades delictivas en la corrupción en los negocios¹⁶, incluso con base en prueba indiciaria. Por otro lado, se contempla el decomiso de valor equivalente o por sustitución (art. 127.3), así como, aun de manera farragosa y a veces redundante, el decomiso ampliado a otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho, cuando el decomiso no hubiera podido llevarse a cabo en todo o en parte (art. 127 quinquies, 127 sexies y 127 septies).

¹⁶ En caso de terceros afectados por el decomiso, deben seguirse las reglas sobre el decomiso autónomo (art. 803 ter LECr.).

9. Competencia y corrupción pasiva

La no previsión en el actual artículo 286 ter (como tampoco en el anterior art. 445) del castigo de la corrupción *pasiva* acarrea la impunidad del funcionario público extranjero en estas conductas, a pesar de que pueda tratarse de un funcionario de la Unión Europea o de una organización internacional (art. 427 CP).

Para la aplicación *extraterritorial* de la ley penal española, ha de atenderse, en primer lugar, al principio de territorialidad, y los hechos sólo podrán ser castigados si se realizan en el territorio español. El cohecho pasivo del funcionario extranjero sólo podría ser castigado si, además de cometerse en territorio español, se pudiera incluir en los arts. 419 o 421 CP, y más ahora, con la redacción del nuevo art. 427 CP¹⁷ (Rodríguez Puerta, 2016).

No obstante, se ha mantenido que el funcionario público extranjero que solicita dádivas del particular español podría ser sancionado como inductor al delito del CP art.286 ter si el particular español procede a la entrega o realiza una promesa u ofrecimiento de entrega, siendo esta la vía a través de la cual pueden encauzarse sus actos siempre que los tribunales españoles sean competentes; por ejemplo, porque la solicitud de la dádiva se realiza en territorio español.

La otra posibilidad —esto es, atender al principio real o de protección— plantea la duda de si esta figura delictiva cabe incluirla entre los delitos contra la Administración pública española (art. 23.3 h LOPJ); y, en cuanto al principio de justicia universal, si bien los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales se encuentran entre los delitos perseguibles en España (art. 23.4 n LOPJ), no debe olvidarse que en el CP 286 ter únicamente cabe penar al particular.

La restricción al cohecho activo en el Convenio OCDE obedece a razones pragmáticas, pues la sanción al funcionario extranjero estaría ya cubierta por su propio derecho y, además, la sola pretensión de intentar juzgar la corrupción de tal funcionario en un país que no es el suyo daría origen a numerosos conflictos internacionales (Nieto Martín, 2010, p. 548). No estando previstos en el Convenio de la OCDE ni el principio real o de protección ni el de justicia universal¹⁸, sólo los mecanismos de cooperación internacional, como el instituto de la extradición o la Orden Europea de detención y entrega¹⁹, facilitarán la persecución y castigo de los comportamientos de corrupción en las transacciones económicas internacionales.

Desde luego, todo sería más sencillo si el legislador español, con independencia del origen del tipo penal en el Convenio OCDE, acometiese en este marco específico de corrupción en la realización de actividades económicas internacionales la reforma del tipo penal y tipificase ahí expresamente los comportamientos de corrupción pasiva. Base, en otros documentos internacionales, y ratificados por España, tiene para ello.

¹⁷ También se ha señalado que, en mérito del principio de personalidad y conforme a la teoría de ubicuidad, “el hecho puede entenderse cometido también en España si los fondos de los que proviene el soborno son de empresas que residen en España, con independencia del destino de la transferencia” (García Albero, 2015, p.575).

¹⁸ Aun cuando nuestro legislador pudo establecer una excepción de territorialidad, como hizo en el artículo 301.4 CP, en referencia al blanqueo de dinero, lo que no ha hecho “afortunadamente”, según Fabián Caparrós (2003, p. 152). Sobre ello, véase Díaz-Maroto y Villarejo (1999, pp. 33-34).

¹⁹ Incorporada a nuestro derecho interno mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo, y actualmente contemplada en los arts. 34 a 62 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Bibliografía

- ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R. (2006), “La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”. En *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, suplemento al nº 2015 del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, pp. 207-216.
- ALONSO GALLO, J. (2011), “Los programas de cumplimiento”. En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Pamplona, pp. 143-199.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2012), *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2015), “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, núm. 63, vol. 1, pp. 205-228.
- CUGAT MAURI, M. (2004), *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, (Córdoba Roda-García Arán dirs.), tomo II, Marcial Pons, Madrid.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I. (2001-2002), “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, núm. 4, pp. 9-29.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2004), *La respuesta a la corrupción pública*, Comares, Granada.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (1999), *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2007), “El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6740, pp. 1 y ss.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2011), “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, pp. 607-627.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2016a), “Globalización, corrupción y delincuencia económica”. En: BACIGALUPO, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. y ECHANO BASALDUA, J.I. (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 845-869.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2016b), “Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2017*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, pp.1333-1346.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2010), “Responsabilidad de personas jurídicas”. En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. (2003), *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARALDO CABANA, P. (2012), “¿Se adecua el derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales?: avance de resultados de la evaluación en fase 3”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2148, pp. 1-20.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016), “Los requisitos del art. 31 bis”. En: BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2017), “El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP como delito contra

- la competencia a través de la corrupción”, *Diario La Ley*, núm. 8987, de 25-5-2017, pp. 1 y ss.
- GARCÍA ALBERO, R. (2015). “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”. En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MIR PUIG, S. (2016), *Derecho penal, parte general*, 10ª ed. revisada, Ed. Reppertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2015), *Derecho penal, parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- NIETO MARTÍN, A. (2010), “Corrupción en las transacciones económicas”. En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, pp.543-552.
- NÚÑEZ PAZ, M. Á. (2003), “La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales”. En: DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. y FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2002), “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2006), “Los delitos contra la Administración Pública”. En: MIR, S. y CORCOY, M. (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, B de F, Buenos Aires.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2016), “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma por la LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)”. En: VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M. y TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbito, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, pp. 451-496.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1977), *Derecho penal, parte general*, Ed. Civitas, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (2009), “Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español”. En: *Estudios de Derecho penal económico*, Pamplona, pp. 253-282
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. (2016). En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.

El Código Penal alemán (Das deutsches Strafgesetzbuch)

The german Criminal Code (Das deutsches Strafgesetzbuch)

Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares
 Universidad Complutense de Madrid
cobgommi@der.ucm.es

Recibido / received: 10/03/2018
 Aceptado / accepted: 12/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4173>

1. Prólogo y advertencias preliminares

I.

En primer lugar, habría que justificar el porqué de la decisión de traducir el StGB. Desde los años 50 han viajado penalistas españoles a Alemania para formarse, de ahí, y de la propia calidad, en general, de la literatura jurídico-penal en alemán proviene la enorme influencia del Derecho penal alemán en el español. Es cierto que también se ha producido, en menor medida, la visita por penalistas españoles a Universidades italianas con la misma finalidad. No obstante, en España no se han llevado a cabo traducciones ni del Código Rocco ni del StGB, seguramente porque quienes no manejan el alemán o bien tampoco tienen interés en la doctrina de ese país o se inclinan por conocer mejor la italiana, o bien, en cuanto a este último caso, porque el Código italiano adolece de una estructura y de unas instituciones francamente anticuadas que lo hacen poco atractivo, no así la doctrina italiana, en general bien considerada en España. En uno y otro caso, quienes conocen el respectivo idioma consultan directamente la legislación penal sin echar mano de traducciones.

No obstante, en Hispanoamérica la situación es distinta pues el número de estudiosos del Derecho penal que han hecho estancias en Alemania o Italia es mucho menor, de manera que el interés y la demanda de textos traducidos quizá sea mayor que en España. En cualquier caso, sea pensando en el público español o en el hispanoamericano, lo cierto es que los operadores jurídicos no estrictamente universitarios sin duda están interesados en conocer qué se dice en la legislación alemana acerca de las instituciones penales de dicho país, sobre todo porque la doctrina alemana sí ha llegado a abogados y jueces a través de, precisamente, las traducciones fundamentalmente, pero no solo, de manuales de este país desde hace ya muchos años. Por otro lado, el método utilizado por todos los investigadores del Derecho penal en España es sin excepción el comparativo, de ahí que el uso de

legislación y doctrina alemanas sea constante, y de ahí también que a quienes no dominan la lengua de Binding, Hassemer o Roxin les interese en gran medida conocer su obra, pero también el Código penal que ellos, o al menos estos dos últimos, interpretan. Esta razón y la indudable capacidad generadora de inquietudes y proyectos del Profesor Álvarez García están detrás de esta traducción, así que justo es dejar claro que suya fue la idea, y que inmediatamente acepté el encargo por las razones que expuse más arriba, bien consciente de las dificultades, retos y la responsabilidad que implica asumirlo. Por último, al Profesor Ventura Püschel se debe la sugerencia de coordinar, siquiera de manera sucinta, el texto alemán traducido con el Código Penal español, y así se acogió esta idea, como más arriba se ha expuesto con la finalidad de hacer lo más útil posible el texto traducido. Por su parte, Joseba García Celada, quien colaboró eficazmente con Álvarez García y conmigo en la traducción de textos italianos destinados a la elaboración de un artículo sobre terrorismo que escribimos en 1981 (y donde se adelantaba con claridad la construcción de lo que luego se ha denominado el “Derecho Penal del Enemigo”), ha vuelto después de muchos años a repetir experiencia con la traducción italiana de una obra de Carl Schmidt recientemente publicada en esta misma Revista, y ahora vuelve por derecho propio a formar parte de este grupo de trabajo *sui generis*, constituido para dar seguimiento a la presente traducción del StGB.

II.

A la pregunta de qué caracteres encierra el StGB, solo puede responderse exponiendo brevemente las vicisitudes históricas que lo han acompañado, y debiendo tenerse en cuenta que a ello se responde con largueza en Manuales, Tratados y Comentarios al StGB. Por todo ello, veamos muy sucintamente cuáles han sido éstas, sin ofrecer una evolución histórica más propia de un Manual alemán, o de un Comentario del StGB, y permítaseme acompañar esta exposición con referencias al Código penal español.

Como se advierte nada más abrir un StGB, la versión vigente encuentra su origen en el texto de 1871, el cual, como es inevitable, ha sufrido múltiples reformas hasta la actualidad. En lo que aquí interesa, creo que hay que destacar tres momentos especialmente importantes en su larga vida, a partir de los cuales puede explicarse mejor el interés para el mejor conocimiento e interpretación del Código penal español. En primer lugar, el StGB actual se promulga no llega a cinco meses después de la proclamación de la unidad alemana. Es significativo que casi a continuación de unificarse el país se considere absolutamente necesario promulgar un Código penal. Lógicamente, la rapidez *stricto sensu* debe atribuirse a coincidir en gran medida con el Código penal prusiano, vigente para la “Unión alemana del Norte” (Norddeutscher Bund) que precedió a la unificación de los Estados alemanes tras la Guerra Franco-prusiana, la pruso-danesa por Schleswig y Holstein, y finalmente la pruso-austríaca, consecuencia de la anterior. Disuelta la federación Austro-prusiana, se funda la ya mencionada Unión alemana del Norte, y finalmente el II Reich, tras unirse los Estados del Sur, Baden, Württemberg y Baviera. Se trataba de un StGB de corte autoritario, como el Código que le sirvió de base, en el que la pena de muerte jugó un papel muy importante, hasta el punto de que fue empeño personal de Bismarck su mantenimiento. Nuestro Código penal también ha sido casi siempre uno autoritario, ya fuera *per se*, ya por su rechazo a uno anterior que tuviera caracteres liberales habiéndose decidido aplicar una legislación “más dura”, como sucedió con la vuelta de Fernando VII al poder y la derogación del Código de 1828, de tintes liberales, y la aplicación de la Novísima Recopilación.

En Alemania, durante la República de Weimar, la inestabilidad política causada por los intentos de insurrección tras la revolución de 1917, el enorme peso

de las indemnizaciones de guerra tras su final en 1918 (aunque también fueron enormes las impuestas a Francia tras la guerra franco-prusiana), los levantamientos de organizaciones de militares derechistas, el creciente poder de las patronales de grandes industriales que apoyaban a organizaciones de extrema derecha, se hizo imposible, en lo que a la materia penal interesa, que llegaran a buen fin las reformas que de manera temprana ofreció –entre otros- el proyecto de reformas del StGB liderado por el entonces Ministro de Justicia Gustav Radbruch en 1922, que, bajo los postulados de la Escuela Moderna, incluían la abolición de la pena de muerte, la reducción de la aplicación de penas privativas de libertad, especialmente de las más cortas a favor de la multa, y en general una drástica aminoración del pensamiento retributivo frente al preventivo (proyecto que, tras la Segunda Guerra, sirvió de base a la elaboración del Proyecto Alternativo de 1966). En 1923 se produjo el golpe de Estado de Hitler en Múnich, sofocado con el envío de tropas y la colaboración de la Policía no sin dificultades, sin que haya quedado claro si colaboró o no activamente en el mismo el propio Comisario General del Estado (Generalstaatskommissar) en Baviera, von Kahr. En 1930 cae definitivamente la República, fuertemente debilitada por la crisis económica de 1929 y el fortalecimiento de la derecha militarista y nacionalista con su salmodia de necesidad de un espacio vital (Lebensraum) para Alemania, el rechazo al Tratado de Versalles, el peligro del comunismo, autarquía económica para librarse de la crisis y, en suma, lucha contra la democracia social-liberal que representó la República de Weimar. Buena muestra del éxito ultranacionalista fueron las dos elecciones de 1932 en las cuales venció el partido nazi, si bien sin suficiente mayoría parlamentaria. En cualquier caso, la sociedad alemana estaba ya plenamente filtrada por las demostraciones de poder y de la organización militar del partido nazi NSDAP (Partido nacionalsocialista de los trabajadores alemanes).

En 1936, tras haber formado Gobierno Hitler en 1933, ve la luz un Proyecto nazi de Código penal patrocinado por Gürtner, que por el comienzo de la II Guerra Mundial no llegó a promulgarse. En el fondo de este Proyecto, y del “Derecho” nazi, se sitúa como eje de la intervención penal el “sano sentir del pueblo” (gesundes Volksempfinden) que, por supuesto, se genera a través de la voluntad de los dirigentes de zona del Partido (Gauleiter). Durante el tiempo que duró el nazismo se multiplicaron los tipos que aparejaban la pena de muerte, y se llegaron a ejecutar, solo formalmente, 12.000 sentencias capitales, frente a las 183 llevadas a cabo de entre 1141 sentencias durante la República de Weimar¹. Tras la guerra, con la ocupación de los aliados, y la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949, se abole la pena de muerte.

En España, con la vuelta de la democracia a nuestro país por la proclamación de la Segunda República en 1931, se devuelve la vigencia al Código de 1870 hasta la promulgación, ya en 1932, del Código de la II República que no era más que una adaptación de aquél. Tras el golpe de Estado militar y la derrota de la Segunda República en la Guerra Civil con la ayuda imprescindible de los ejércitos italiano y alemán, se produce la aplicación de un “Derecho” de excepción con las Leyes de Seguridad del Estado de 1941, de Represión de la Masonería y el Comunismo de 1940, y otras promulgadas en los años siguientes, con los efectos de una dura represión para cualquier conducta con implicaciones políticas no afectas al nuevo régimen, además de los numerosos y sumarios juicios a civiles y militares

¹ Según C. Meyer-Kretschmer, “DIE ENTWICKLUNG DES DEUTSCHEN STRAFGESETZBUCHES”, en <http://www.juraindividuell.de/kategorie/rechtsgeschichte/>. Más adelante mantiene que en los últimos años de la guerra se produjeron entre 20.000 y 33.000 Sentencias de pena de muerte y que se habría ejecutado el 89% de las mismas.

republicanos con fusilamientos, largas penas de prisión, y destierros. En 1944 se promulga un Código penal refundido con intervención principal de Cuello Calón, en contraste con la altura de juristas como Jiménez de Asúa o Antón Oneca en el de 1932, en el que se incluyen las numerosas leyes penales posteriores al fin de la guerra, por las que se restituye la pena de muerte o el delito de adulterio, ausentes en el Código de 1932, que se prolonga con algunas reformas de cierto interés como la ubicación de la pena de reclusión mayor como alternativa a la de muerte que no se constituía así como pena única.

En segundo lugar, y para no alargar mucho más esta breve exposición, puede resumirse que la más importante reforma en el StGB se produjo desde 1962, con amplios estudios y debates para la confección de un nuevo StGB que no vería la luz hasta 1975. Debe destacarse la no menos importante labor de la oposición política en torno al Proyecto alternativo, promovido por el SPD en el que tuvo una intervención especialmente relevante Claus Roxin. Piénsese que desde los primeros años cincuenta y gracias al personal empeño del Fiscal Fritz Bauer se persiguió a muchos criminales nazis que hasta entonces habían hecho vida normal, incluso con altos cargos en la Administración alemana o aliada. Tenía aquí vital importancia la consideración de los acusados como autores, en alguna de sus modalidades, o como cómplices, pues los plazos de prescripción diferían considerablemente y ello conducía a que muchos delitos se considerasen prescritos, además de la atenuación obligatoria para los cómplices. Roxin defendió la tesis de la autoría mediata de muchos de estos criminales, que en principio no se acogió por el Tribunal Supremo, hasta que finalmente se aceptó y pudo aplicarse a un buen número de acusados de horribles crímenes en los campos de exterminio. En general, en la reforma que culminó en 1975, aún sin un nuevo StGB, es destacable la reelaboración completa de la Parte General, la ausencia de la pena de muerte, la eliminación de las penas de prisión inferiores a seis meses, o de la persecución de la homosexualidad.

En tercer lugar, con posterioridad y hasta hoy, se han incluido figuras delictivas en ocasiones nuevas, como es el caso de la financiación ilegal de Partidos Políticos, o se ha actuado legislativamente en materia de drogas, medio ambiente, delitos relacionados con el uso de ordenadores, terrorismo, y en general, al compás del surgimiento o el recrudecimiento de ciertas formas de delincuencia, se ha puesto al día la legislación penal alemana, con reformas del Código penal o con leyes penales especiales. Es destacable, por otro lado, que la anexión, o reunificación, según se mire, de la DDR no supuso ningún cambio en el StGB.

En España, se siguió también un largo proceso de reformas desde la promulgación de la Constitución de 1978, pues ya en 1979 se confeccionó un Anteproyecto de nuevo Código penal, que se convirtió en Proyecto en 1980 pero que no culminó con éxito su andadura. De forma parecida a lo ocurrido en Alemania en la década de los setenta, se produjo en España en los 80, junto al Proyecto del Gobierno, un verdadero Proyecto Alternativo en torno al Grupo Parlamentario Comunista del Congreso de los Diputados que constituyó un extraordinario documento de trabajo elaborado por los mejores penalistas del momento. Sin embargo, por las lógicas vicisitudes políticas no se promulgó el nuevo Código penal hasta 1995, un verdadero Código penal de la democracia, pues, a pesar de los defectos que inevitablemente puedan señalarse, la oposición conservadora del momento no votó en contra del Proyecto del Gobierno, únicamente se abstuvo.

III.

A las muchas dificultades que una traducción puede presentar, la de una ley añade la del establecimiento más claro posible de la línea divisoria entre la traducción y la

interpretación. No he podido seguir aquí los consejos de ese hombre del Renacimiento que es John Berger, cuando afirma que “la verdadera traducción no es un *affaire* binario entre dos lenguas sino uno triangular. El tercer punto del triángulo sería lo que subyace tras las palabras del texto original antes de que fuera escrito. La verdadera traducción exige un retorno a lo preverbal” (Berger, 2016: 4). Participo de su opinión, en cuanto que referida sin duda a la traducción literaria. Es curioso que el Derecho y un idioma sufran, o gocen, de la necesidad de ser interpretados cuando se aplican a la práctica diaria. Por un lado, hay que hallar el significado de la palabra o frase incluyendo su interpretación, lo que hay tras las palabras, cuando sea necesario, para que se entienda. Por otro, puede surgir la duda acerca del significado que tiene para el Derecho el término empleado. Al afrontar la traducción de textos jurídicos se plantea precisamente si, por ejemplo, traducir “Tat” por “Hecho”, o por “Supuesto de hecho” o por “Tipo”. Las opciones son, o ceñirse a la palabra en su acepción más común, u optar por elevarse del uso común del lenguaje y usar un término más técnico, pues al fin y al cabo es dudoso que un lego esté interesado en leer la traducción de un Código penal. En cualquier caso, hay que respetar al máximo la letra de la ley, y aquí vuelvo al principio: hay que ser muy cuidadoso a la hora de plasmar un significado para que quede clara la línea divisoria entre traducir e interpretar.

Creo que, cuando de leyes se trata, tenemos la obligación moral de acercarnos a la literalidad todo lo que la claridad del significado permita. Creo que es muy importante, por ejemplo, que cuando en el StGB se usa el término “hecho”, se traduzca así, y no por “tipo” que es el término más usado sin duda en España en materia penal, para ser lo más fieles que sea posible al texto original, lo cual es tan obvio que no debieran exigirse más explicaciones. Por otro lado, a veces uso distinta traducción para el mismo término como cuando traduzco “decisión” o “acuerdo” para referirme a la resolución o al acto de resolver un Juez sobre la imposición de una medida, como confiscar un bien. El problema radica en que, por el contexto, a veces, “acuerdo” suena a que ha habido una composición entre partes, como ocurre cuando hay un reconocimiento de los hechos y la participación en los mismos con el fin de obtener una modificación, con rebaja, de las conclusiones del Fiscal. En esos casos de posible confusión me decanto por “decisión” pues se trata únicamente de lo que el Juez “decide”, como por otro lado es lo normal en Derecho penal, con la excepción procesal a la que acabo de referirme.

Como se aprecia inmediatamente, se trata de un texto en el que junto al traducido se incluye el original, aunque con un tamaño de letra menor para evitar que el texto acabe siendo un monstruo inmanejable. Con ello pretendo que esta obra sea útil no solo para quienes no manejan suficientemente el alemán, sino también para quienes, teniendo un buen conocimiento del alemán, quieren manejar un texto en español simplemente porque es más rápido y cómodo su uso, pero a la vez quieren cotejar el texto con el original para asegurarse de que la traducción es fiel, o que encuentra el sentido que uno busca.

Por último, la traducción de la Parte General del StGB no es una opción o alternativa frente a la de la Parte Especial, pero tiene natural preferencia. Sin duda esta última alberga un considerable interés, pero, dado el enorme desarrollo e importancia de la elaboración por la doctrina alemana de la Parte General desde hace casi un siglo, es sin duda la más interesante y útil a la hora de interpretar las instituciones del Derecho penal; además de que, y como su propio nombre indica, la “parte general” es aplicable a cualquiera de las figuras de toda la Parte Especial.

Espero que este trabajo sea útil y sirva al práctico del Derecho penal para obtener ideas y posibles soluciones reales a casos reales, y quizá también al teórico,

para entender de dónde provienen muchas de las instituciones del Derecho penal que podemos ver en nuestro Código.

Bibliografía

BERGER, J. (2016), *Confabulations*, Penguin-Random House, Reino Unido

2. Traducción de los artículos 1 a 12 del Código Penal alemán

Strafgesetzbuch	Código penal alemán⁴
Ausfertigungsdatum: 15.05.1871 (RGBl. 1871 S. 128—203)	Fecha de publicación: 15.05.1871 (RGBl. ⁵ 1871 S. 128—203)
"Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1226) geändert worden ist" ²	"Código penal en la versión de 13 de noviembre de 1998 (BIGBl. I S. 3322 ⁶) modificado por última vez por el Artículo 1 de la Ley de 23 de mayo de 2017 (BGBl. I S. 1226)"
Dieses Gesetz tritt am 1. Juli 2017 in Kraft	Esta Ley entró en vigor el día 1 de Julio de 2017
Allgemeiner Teil Erster Abschnitt. Das Strafgesetz Erster Titel. Geltungsbereich	Parte General Sección Primera. La ley penal Título Primero. Ámbito de aplicación ⁷

§ 1 Keine Strafe ohne Gesetz

Eine Tat³ kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

§ 1 No hay pena sin ley

Solo se podrá penar un hecho si su punibilidad estaba prevista antes de que el hecho se cometiera⁸.

² Artikel 1 - Dreiundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern (53. StGBÄndG k.a.Abk.).(Artículo 1 de la 53ª Ley de modificación del CP. Ampliación de la regulación de medidas para autores extremistas de delitos).

³ Se ha optado por traducir literalmente "Tat" por "hecho" pues a menudo se utiliza el término "Straftat" (delito) y "Tatbestand" (supuesto de hecho o tipo), con lo cual el legislador matiza en cada caso el sentido buscado. En todos ellos se incluye el término "Tat", "hecho", de manera que su significado es perfectamente comprensible como "lo ocurrido", con las variaciones que su uso como prefijo o como sufijo sugiere, pero ya como acepciones jurídicas añadidas al "hecho", que vendría a ser lo que se declara probado en Juicio.

⁴ Se ha usado como texto base para la traducción la versión del StGB vigente que ofrece en internet el "Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor" de Alemania, junto con la "Sociedad Limitada Juris" (www.juris.de), con adición posterior por el traductor de las modificaciones a que se refiere la nota anterior, que no figuran en el mencionado texto, utilizado hasta el mes de Agosto de 2017, y de las que se dará cuenta en los concretos preceptos afectados. Esta ley de modificación entró en vigor el 1 de Julio de 2017.

⁵ Abreviatura de "Reichsgesetzblatt", que se podría traducir por Periódico de Publicación de Leyes del Reino.

⁶ Abreviatura de "Bundesgesetzblatt", que se podría traducir por Periódico Federal de Publicación de Leyes.

⁷ En alemán se utiliza el término "Geltung" para referirse a la vigencia de una disposición, pero también al ámbito espacial en el cual está vigente esa disposición. Por ello, se traduce el rótulo del Título Primero como "Ámbito de aplicación", un término amplio que abarca tanto al espacial como al temporal. Y en el parágrafo 2 se titula "Vigencia temporal".

⁸ Es la traslación al StGB del art. 103, II de la Ley Fundamental de Bonn en el que se formula el principio de legalidad de las penas, y el de irretroactividad. Concuere da con el texto del art. 2º, apartado 1, del Título Preliminar del CP español:

§ 2 Zeitliche Geltung

- (1) Die Strafe und ihre Nebenfolgen bestimmen sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt.
- (2) Wird die Strafdrohung während der Begehung der Tat geändert, so ist das Gesetz anzuwenden, das bei Beendigung der Tat gilt.
- (3) Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden.
- (4) 1. Ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit gelten soll, ist auf Taten, die während seiner Geltung begangen sind, auch dann anzuwenden, wenn es außer Kraft getreten ist. 2. Dies gilt nicht, soweit ein Gesetz etwas anderes bestimmt.
- (5) Für Einziehung und Unbrauchbarmachung gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.
- (6) Über Maßregeln der Besserung und Sicherung ist, wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt.

§ 2 Vigencia en el tiempo⁹

- (1) La pena y sus consecuencias accesorias se determinan con arreglo a la ley vigente al momento del hecho¹⁰.
- (2) Si la amenaza penal cambiara durante la comisión del hecho, será aplicable la ley vigente al momento de finalizar el mismo¹¹.
- (3) Si cambiara la ley vigente al momento de finalizar el hecho antes de recaer Sentencia, se aplicará la ley más favorable¹².
- (4) 1. Una ley con vigencia para tan solo un determinado periodo de tiempo es también aplicable a hechos cometidos durante su vigencia, aunque se haya derogado. 2. Esto no rige si una ley dispone algo distinto.
- (5) Para la confiscación y la inutilización¹³, rigen los párrafos 1 a 4.
- (6) Si no se dispone otra cosa por la ley, se decidirá acerca de las medidas de seguridad y mejora por la ley vigente al momento de la Sentencia¹⁴.

⁹ Se consagra aquí la interdicción de la analogía y la aplicación obligatoria de la ley más favorable. Redacción conforme a la Ley para la reforma de expropiaciones patrimoniales (Vermögensabschöpfung) de 13 de abril de 2017 (BGBl. I S. 872), en vigor desde el 1 de Julio de 2017.

¹⁰ Se corresponde con el art. 2.1, inciso primero, del CP español.

¹¹ Se corresponde con el art. 2.2, incisos primero y segundo del CP español.

¹² Concuera también con el art. 2º.2, incisos primero y segundo, del CP español.

¹³ La "confiscación" se refiere a los réditos o ganancias obtenidos mediante la comisión del delito, y la "inutilización" es una forma de comiso referida específicamente a escritos o papeles cuya divulgación intencionada daría lugar a la comisión de un delito. V. § 74 c, d y e. Antes de la reforma también existía el "comiso" referido a objetos utilizados en el delito,

¹⁴ Concuera con el art. 2.1 y 2.2 del CP español.

§ 3 Geltung für Inlandstaaten

Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden.

§ 3 Vigencia para hechos cometidos en el territorio¹⁵

El derecho penal alemán rige para los hechos cometidos en el territorio.

§ 4 Geltung für Taten auf deutschen Schiffen und Luftfahrzeugen

Das deutsche Strafrecht gilt, unabhängig vom Recht des Tatorts, für Taten, die auf einem Schiff oder in einem Luftfahrzeug begangen werden, das berechtigt ist, die Bundesflagge oder das Staatszugehörigkeitszeichen der Bundesrepublik Deutschland zu führen.

§ 4 Vigencia para hechos cometidos en barcos y aeronaves alemanes¹⁶

El Derecho penal alemán rige, con independencia del lugar del hecho, para hechos cometidos en un barco o aeronave con derecho a ostentar la bandera federal o los símbolos correspondientes a la República Federal de Alemania.

§ 5 Auslandstaaten mit besonderem Inlandsbezug

Das deutsche Strafrecht gilt, unabhängig vom Recht des Tatorts, für folgende Taten, die im Ausland begangen werden:

1. Weggefallen
2. Hochverrat (§§ 81 bis 83);
3. Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates

§ 5 Hechos cometidos en el extranjero con especial vinculación con el territorio.¹⁷

El Derecho penal alemán rige, independientemente del Derecho del lugar del hecho, para los siguientes hechos cometidos en el extranjero:

1. Derogado.
2. Alta traición (§§ 81 a 83);
3. Puesta en peligro del Estado democrático de Derecho¹⁸

¹⁵ El término alemán "Inland", "territorio del Estado", "patria", o en su caso "tierra firme"- que aquí se traduce simplemente por "territorio"- se refiere al ámbito jurídico de aplicación del Derecho alemán en el territorio del Estado para establecer la diferencia con otros ámbitos de vigencia territorial establecidos en todos los países a través de la ficción de territorio que abarca a las aeronaves y los barcos con pabellón nacional. Para abreviar se traduce simplemente por "territorio", pues queda claro que se trata del territorio de la República Federal de Alemania y ello no se especifica en el texto original por las mismas y obvias razones. Este precepto se corresponde con el art. 23.1 de la LOPJ.

¹⁶ Al igual que el anterior este precepto se corresponde con el art. 23.1 de la LOPJ.

¹⁷ Este precepto trata de la extraterritorialidad, y se correspondería -con las peculiaridades propias de cada país- con los arts. 23.2 y ss. de la LOPJ, algunos de cuyos apartados -2, 4 y 5- se han modificado en el año 2014 por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal; por lo tanto la modificación se ha producido poco tiempo después de la anterior reforma, de 2009, ahora con la finalidad de atemperar o dotar de mayor realismo la afirmación de competencia jurisdiccional de los Tribunales españoles respecto de hechos cometidos fuera del territorio nacional, y sobre todo someterse a los Tratados internacionales. Así, en la Exposición de Motivos, se afirma: "Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía".

¹⁸ Llama la atención que a pesar de la acepción constitucional del Estado alemán como "Estado federal, social y democrático de Derecho", en el art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn, este precepto del StGB solo se refiera a "Estado democrático de Derecho", por tanto, no se omiten en la traducción sino en el propio texto.

- | | |
|--|---|
| <p>a) in den Fällen der §§ 89, 90a Abs. 1 und des § 90b, wenn der Täter Deutscher ist und seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes hat, und</p> <p>b) in den Fällen der §§ 90 und 90a Abs. 2;</p> <p>4. Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit (§§ 94 bis 100a);</p> <p>5. Straftaten gegen die Landesverteidigung</p> <p>a) in den Fällen der §§ 109 und 109e bis 109g und</p> <p>b) in den Fällen der §§ 109a, 109d und 109h, wenn der Täter Deutscher ist und seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes hat;</p> <p>6. Straftaten gegen die persönliche Freiheit</p> <p>a)) in den Fällen der §§ 234a und 241a, wenn die Tat sich gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat Deutsche ist und ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat,</p> <p>b) b) in den Fällen des § 235 Absatz 2 Nummer 2, wenn die Tat sich gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, und</p> <p>c) c) in den Fällen des § 237, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist oder wenn die Tat sich gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder</p> | <p>a) En los casos de los §§ 89, 90a párr. 1 y del § 90 b, cuando el autor sea alemán y su medio vital¹⁹ se encuentre en el ámbito de vigencia espacial de esta ley, y</p> <p>b) En los casos de los §§ 90 y 90 a, párr. 2;</p> <p>4. Traición al Estado y puesta en peligro de la seguridad exterior (§§ 94 a 100a);</p> <p>5. Delitos contra la defensa del Estado</p> <p>a) en los casos de los §§ 109 y 109e, a 109g, y</p> <p>b) en los casos de los §§ 109a, 109d, y 109 h, cuando el autor sea alemán y su medio vital se encuentre en el ámbito de vigencia territorial de esta ley²⁰;</p> <p>6. Delitos contra la libertad personal</p> <p>a) en los casos de los §§ 234a, y 241a, cuando el hecho se dirija contra una persona que al momento del hecho sea alemán y tenga su domicilio o residencia habitual en el territorio, y</p> <p>b) en los casos del § 235, párrafo 2, número 2, cuando el hecho se dirija contra una persona que al momento del hecho sea alemán y tenga su domicilio o residencia habitual en el territorio, y</p> <p>c) en los casos del § 237 cuando el autor al momento del hecho sea alemán, o cuando el hecho se dirija contra una persona que en ese momento tenga su</p> |
|--|---|

¹⁹ He traducido “Lebensgrundlage” por “medio vital”, no por “medios de vida” porque estos se entienden en un sentido económico como “medios de/para ganarse la vida”, mientras que “medio vital” vendría a ser el conjunto de situaciones y relaciones que constituyen el “medio ambiente vital” de un individuo, que también incluyen, pero no únicamente, sus “medios de vida”. Véase también, el § 89a, (3).

²⁰ Véase supra, n. 10.

- gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat;
7. Verletzung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen eines im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes liegenden Betriebs, eines Unternehmens, das dort seinen Sitz hat, oder eines Unternehmens mit Sitz im Ausland, das von einem Unternehmen mit Sitz im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes abhängig ist und mit diesem einen Konzern bildet;
8. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung in den Fällen des § 174 Absatz 1, 2 und 4, der §§ 176 bis 178 und des § 182, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist;
9. Straftaten gegen das Leben:
- a) in den Fällen des § 218 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 und Absatz 4 Satz 1, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist, und
- b) in den übrigen Fällen des § 218, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist und seine Lebensgrundlage im Inland hat;
- 9a Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit
- a) in den Fällen des § 226 Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit Absatz 2 bei Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist, und
- b) in den Fällen des § 226a, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist oder wenn die Tat sich gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder
- domicilio o residencia habitual en el territorio;
7. Violación de secretos de empresa o negocio, de una empresa que se encuentre en el ámbito territorial de esta ley, de una empresa que tenga en el mismo su sede, o de una empresa con sede en el extranjero que dependa de otra con sede en el ámbito territorial de esta ley y con la cual forme un consorcio²¹.
8. Delitos contra la libertad sexual en los casos del § 174, párrafos 1, 2 y 4, de los §§ 176 a 178, y del § 182, cuando el autor al momento del hecho sea alemán;
9. Delitos contra la vida
- a) en los casos del § 218, párrafo 2, inciso 2, número 1 y párrafo 4, inciso 1, cuando el autor al momento del hecho sea alemán, y
- b) en los demás casos del § 218, cuando el autor al momento del hecho sea alemán y tenga su medio vital en el territorio;
- 9a: Delitos contra la inviolabilidad personal
- a) en los casos del § 226, párrafo 1, número 1, en relación con el párrafo 2 si hay pérdida de la fertilidad, cuando el autor al momento del hecho sea alemán, y
- b) en los casos del § 226a, cuando el autor al momento del hecho sea alemán o cuando el hecho se dirija contra una persona que al momento del hecho tenga su

²¹ Se utiliza la alocución “consorcio”, aunque quizá fuera también válido “grupo de empresas”, como significado en mi opinión más cercano al término alemán “Konzern”: grupo de empresas con una empresa dirigente y otras reunidas a su alrededor, dependientes de ella, pero con una al menos formal independencia jurídica y de gestión económica -no dirección- propia. En definitiva, se trata de un término de Derecho mercantil al cual habrá que remitirse en la interpretación del precepto, pues no parece existir otro término en español para Konzern.

- | | |
|--|---|
| <p style="text-align: center;">gewöhnlichen Aufenthalt
im Inland hat;</p> <p>10. Falsche uneidliche Aussage, Meineid und falsche Versicherung an Eides Statt (§§ 153 bis 156) in einem Verfahren, das im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes bei einem Gericht oder einer anderen deutschen Stelle anhängig ist, die zur Abnahme von Eiden oder eidesstattlichen Versicherungen zuständig ist;</p> <p>11. Straftaten gegen die Umwelt in den Fällen der §§ 324, 326, 330 und 330a, die im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone begangen werden, soweit völkerrechtliche Übereinkommen zum Schutze des Meeres ihre Verfolgung als Straftaten gestatten;
11a Straftaten nach § 328 Abs. 2 Nr. 3 und 4, Abs. 4 und 5, auch in Verbindung mit § 330, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist;</p> <p>12. Taten, die ein deutscher Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter während eines dienstlichen Aufenthalts oder in Beziehung auf den Dienst begeht;</p> <p>13. Taten, die ein Ausländer als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter begeht;</p> <p>14. Taten, die jemand gegen einen Amtsträger, einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einen Soldaten der Bundeswehr während der Ausübung ihres Dienstes oder in Beziehung auf ihren Dienst begeht;</p> <p>15. Straftaten im Amt nach den §§ 331 bis 337, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> a) der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist, b) der Täter zur Zeit der Tat Europäischer Amtsträger ist und seine Dienststelle ihren Sitz im Inland hat, | <p style="text-align: center;">domicilio o residencia
habitual en el territorio;</p> <p>10. Falsa declaración, falso testimonio y falsa declaración jurada (§§ 153 a 156) en un procedimiento que tenga lugar en el ámbito territorial de esta ley ante un Tribunal o que dependa de otro órgano alemán, que sea competente para la toma de juramento o declaraciones juradas;</p> <p>11. Delitos contra el medio ambiente en los casos de los §§ 324, 326, 330 y 330a, que se cometan en el ámbito de la zona económica exclusiva alemana siempre que se permita su persecución como delitos en los Tratados Internacionales sobre protección de los mares.
11a: Delitos según el § 328, párrafo 2, números 3 y 4, párrafo 4 y 5, también en relación con el § 330, cuando el autor al momento del hecho sea alemán;</p> <p>12. Hechos cometidos por un funcionario alemán o por alguien especialmente obligado por el servicio público durante una estancia de servicio o en relación con el servicio</p> <p>13. Hechos cometidos por un extranjero como funcionario o especialmente obligado por el servicio público;</p> <p>14. Hechos cometidos contra un funcionario o persona especialmente obligada por el servicio público o contra un soldado del Ejército Federal durante el ejercicio de, o en relación con, su deber.</p> <p>15. Delitos cometidos durante el ejercicio de su función según los §§ 331 a 337, cuando</p> <ol style="list-style-type: none"> a) el autor al momento del hecho sea alemán b) el autor al momento del hecho sea funcionario europeo y su puesto |
|--|---|

- | | |
|--|--|
| <p>c) die Tat gegenüber einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr begangen wird oder</p> <p>d) die Tat gegenüber einem Europäischen Amtsträger oder Schiedsrichter, der zur Zeit der Tat Deutscher ist, oder einer nach § 335a gleichgestellten Person begangen wird, die zur Zeit der Tat Deutsche ist;</p> | <p>tenga su sede en el territorio</p> <p>c) el hecho se haya cometido contra un funcionario, contra una persona especialmente obligada por el servicio o un soldado del Ejército Federal, o</p> <p>d) el hecho se haya cometido contra un funcionario europeo o árbitro que al momento del hecho sea alemán, o contra una persona asimilada con arreglo al § 335 a, que al momento del hecho sea alemán.</p> |
|--|--|
-
- | | |
|---|--|
| <p>16. Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (§ 108e), wenn</p> <p>a) a) der Täter zur Zeit der Tat Mitglied einer deutschen Volksvertretung oder Deutscher ist oder</p> <p>b) b) die Tat gegenüber einem Mitglied einer deutschen Volksvertretung oder einer Person, die zur Zeit der Tat Deutsche ist, begangen wird;</p> | <p>16. Corrupción y soborno de representantes políticos (§ 108 e) cuando</p> <p>a) el autor al momento del hecho sea miembro de una institución alemana de representación política, o sea alemán, o</p> <p>b) el hecho se cometa contra un miembro de una institución alemana de representación política, o contra una persona que al momento del hecho sea alemana;</p> |
|---|--|
-
- | | |
|---|---|
| <p>17. Organ- und Gewebehandeln (§ 18 des Transplantationsgesetzes), wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist.</p> | <p>17. Comercio de órganos o tejidos (§ 18 de la ley de trasplantes) cuando el autor al momento del hecho sea alemán.</p> |
|---|---|

§ 6 Auslandstaten gegen international geschützte Rechtsgüter

Das deutsche Strafrecht gilt weiter, unabhängig vom Recht des Tatorts, für folgende Taten, die im Ausland begangen werden:

1. (weggefallen)

§ 6 Hechos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente²²

El Derecho penal alemán rige, independientemente del Derecho del lugar del hecho, para los siguientes hechos cometidos en el extranjero:

1. (suprimido)

²² Al igual que el precepto anterior, concierne con el art. 23. 2 y ss. [en especial 4, p)] de la LOPJ.

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 2. Kernenergie-, Sprengstoff- und Strahlungsverbrechen in den Fällen der §§ 307 und 308 Abs. 1 bis 4, des § 309 Abs. 2 und des § 310; 3. Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c); 4. Menschenhandel (§ 232); 5. unbefugter Vertrieb von Betäubungsmitteln; 6. verbreitung pornographischer Schriften in den Fällen der §§ 184a, 184b Absatz 1 und 2 und § 184c Absatz 1 und 2, jeweils auch in Verbindung mit § 184d Absatz 1 Satz 1; 7. Geld- und Wertpapierfälschung (§§ 146, 151 und 152), Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Euroschecks (§ 152b Abs. 1 bis 4) sowie deren Vorbereitung (§§ 149, 151, 152 und 152b Abs. 5); 8. Subventionsbetrug (§ 264); 9. Taten, die auf Grund eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen zwischenstaatlichen Abkommens auch dann zu verfolgen sind, wenn sie im Ausland begangen werden. | <ol style="list-style-type: none"> 2. Delitos relativos a la energía nuclear, explosivos y radiaciones en los casos de los §§ 307 y 308 párrafos 1 a 4, del § 309 párrafo 2 y del § 310; 3. Ataques al tráfico aéreo y marítimo (§ 316c); 4. Tráfico de personas (§ 232); 5. Comercio ilícito con estupefacientes; 6. Divulgación de textos pornográficos en los casos de los §§ 184a, 184b párrafos 1 y 2, y § 184c párrafos 1 y 2, en relación, en su caso, con el § 184d párrafo 1 inciso 1; 7. Falsificación de moneda y valores (§§ 146, 151 y 152), Falsificación de tarjetas y Eurocheques (§ 152b párrafo. 1 bis 4) así como su preparación (§§ 149, 151, 152 y 152b párrafo 5); 8. Estafa de subvenciones (§ 264); 9. Hechos que de acuerdo con un Convenio vinculante suscrito para la República Federal de Alemania deben ser perseguidos también cuando se cometan en el extranjero. |
|--|--|

§ 7 Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen

- (1) Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt.
- (2) Für andere Taten, die im Ausland begangen werden, gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt und wenn der Täter
 1. zur Zeit der Tat Deutscher war oder es

§ 7 Vigencia para hechos cometidos en el extranjero, en otros casos.²³

- (1) El Derecho penal alemán rige para hechos cometidos en el extranjero contra un alemán, si en el lugar de comisión el hecho está penado, o si a dicho lugar no subyace jurisdicción penal alguna.
- (2) Para otros hechos cometidos en el extranjero rige el Derecho penal alemán, si en el lugar de comisión el hecho está penado, o si a dicho lugar no subyace jurisdicción penal alguna y si el autor
 1. al momento del hecho fuera

²³ Este precepto puede considerarse una continuación del anterior, referido ahora a supuestos residuales.

- | | |
|--|---|
| <p>nach der Tat geworden ist oder</p> <p>2. zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betroffen und, obwohl das Auslieferungsgesetz seine Auslieferung nach der Art der Tat zuließe, nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungsersuchen innerhalb angemessener Frist nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist.</p> | <p>alemán o llegara a serlo tras el hecho o</p> <p>2. al momento del hecho fuera extranjero, resultase afectado por el hecho en el territorio, y aunque la Ley de extradición admitiera su extradición por la clase de hecho, no sea extraditado porque no se haya promovido en el plazo debido una demanda de extradición, o se haya denegado, o la extradición no sea viable.</p> |
|--|---|

§ 8 Zeit der Tat

Eine Tat ist zu der Zeit begangen, zu welcher der Täter oder der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Wann der Erfolg eintritt, ist nicht maßgebend.

§ 9 Ort der Tat

- (1) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.
- (2) Die Teilnahme ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat

§ 8 Momento del hecho²⁴

Un hecho se comete en el momento en el que el autor o el partícipe ha actuado, o en caso de omisión, hubiera debido actuar. No es decisivo cuándo se produce el resultado.

§ 9 Lugar del hecho²⁵

- (1) Un hecho se comete en el lugar en el que el autor haya actuado o, en caso de omisión, hubiera debido actuar, o en el que se haya producido el resultado propio del supuesto de hecho, o en el que según la representación del autor debió producirse.
- (2) La participación se produce tanto en el lugar en el que se ha cometido el hecho como en el lugar en el que el partícipe haya actuado, o en caso de omisión hubiera debido actuar, o en el que según la representación del autor debió haberse producido. Si el partícipe actuó dentro del

²⁴ Este precepto concierne con el art. 7 del CP español, si bien con ciertas diferencias como la referencia en el § 8 al partícipe -no solo al autor- o la advertencia de que no es decisivo, y por tanto no se usará como criterio de determinación del momento de comisión el de producción del resultado.

²⁵ A la vista de lo dispuesto en el art. 23.1 LOPJ todo indica -*contrario sensu*- que no se establece en la legislación penal española qué se entiende por lugar de comisión del hecho, a pesar de la relevancia que puede albergar este dato como se aprecia en lo previsto en el § 7 donde el legislador penal alemán sí aplica la cláusula residual de entender competente el Derecho penal alemán en ausencia de competencia de otro Estado, o si la autoridad del territorio donde se cometiera el delito no interviene. Es destacable de nuevo la referencia a los partícipes, y no solo al autor de los hechos en el § 9 (2).

im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist.

territorio en un hecho cometido en el extranjero, rige para la participación el Derecho penal alemán, incluso si el hecho de acuerdo con el Derecho del lugar de comisión no está amenazado con pena.

§ 10 Sondervorschriften für Jugendliche und Heranwachsende

Für Taten von Jugendlichen und Heranwachsenden gilt dieses Gesetz nur, soweit im Jugendgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt ist.

§ 10 Reglas especiales para menores y jóvenes²⁶

Esta ley rige para hechos cometidos por menores y jóvenes, siempre que en la Ley de Tribunales de Menores no se disponga lo contrario.

Zweiter Titel. Sprachgebrauch

Título Segundo. Terminología

§ 11 Personen und Sachbegriffe

- (1) Im Sinne dieses Gesetzes ist
1. Angehöriger: wer zu den folgenden Personen gehört:
 - a) Verwandte und Verschwägte gerader Linie, der Ehegatte, der Lebenspartner, der Verlobte, auch im Sinne des

§ 11 Concepto de personas y cosas²⁷

- (1) A los efectos de esta ley,
1. Concorre parentesco en quien sea alguna de estas personas:
 - a) Familiares y afines en línea recta, el cónyuge, el conviviente, el prometido, también en el

²⁶ Este precepto concierne con el art. 19 del CP español, y los arts. 1.1 (*contrario sensu*) y 5, de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Véase el § 1 de la Ley alemana de Tribunales de Menores, según la cual el “menor” tiene más de 14 y menos de 18, y el “joven” más de 18 y menos de 21.

²⁷ Redactado conforme a la Ley para la reforma de la expropiación patrimonial de 13 de abril de 2017 (BGBl. I S. 872), en vigor desde el 1 de Julio de 2017. Este precepto cumple una función de regla general que después se concretará en los delitos en particular, si bien en la consideración de si ello agrava o atenúa o hay especificidades, se pueden producir contradicciones dentro de la misma ley. Por otro lado, no parece lógico que se considere, por ejemplo, al/la prometido/a como pariente con carácter general, a menos que se defina también qué es, lo cual raya en el absurdo. En cualquier caso, parece que concierne el párrafo 1, a) y b) con los arts. 23 y 268 del CP español. Algo parecido sucede con los conceptos de Derecho administrativo “cargo público”, “funcionario”, “Juez”, etc., pues se definen, o más bien se enumeran, los que a los efectos del StGB lo son, lo cual, o bien puede plantear verdaderos problemas de lagunas de aplicación, o bien entrar en conflicto con los sujetos designados en preceptos concretos como “Autoridad”, “funcionario”. En el CP se recoge -a efectos penales- el concepto de Autoridad en el art. 24.1, y el de funcionario en el art. 24.2. Por otro lado, afirma el principio de legalidad de la antijuridicidad penal al referirla a los tipos penales en el párrafo 5., lo cual se antoja superfluo, o al menos mueve a preguntarse si será una regla para la resolución de los concursos de leyes. A continuación, advierte que no solo la consumación sino también la tentativa es punible, y qué se entiende por “medidas” y por “compensación”.

- Lebenspartnerschaftsgesetzes, Geschwister, Ehegatten oder Lebenspartner der Geschwister, Geschwister der Ehegatten oder Lebenspartner, und zwar auch dann, wenn die Ehe oder die Lebenspartnerschaft welche die Beziehung begründet hat, nicht mehr besteht oder wenn die Verwandtschaft oder Schwägerschaft erloschen ist,
- b) Pflegeeltern und Pflegekinder;
2. Amtsträger: wer nach deutschem Recht
- a) Beamter oder Richter ist,
- b) in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder
- c) sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen;
- sentido de la Ley de convivientes de hecho, los hermanos, los cónyuges o convivientes de los hermanos, los hermanos de los cónyuges o convivientes, y también cuando el matrimonio o la convivencia de hecho que se estableciera por la relación ya no exista o cuando el parentesco o afinidad se haya extinguido,
- b) Padres e hijos en acogimiento;
2. Es cargo público: quien según el Derecho alemán
- a) sea Funcionario o Juez,
- b) se encuentre en alguna otra relación funcional jurídica-pública o
- c) esté designado por una Autoridad o por otro cargo, o por cuyo encargo debe realizar funciones de la Administración pública sin perjuicio de la forma organizativa que se haya elegido para

- | | | |
|----|--|---|
| | | ejercer dichas funciones; |
| 2a | Europäischer Amtsträger: wer | 2a Es cargo público europeo: quien |
| a) | Mitglied der Europäischen Kommission, der Europäischen Zentralbank, des Rechnungshofs oder eines Gerichts der Europäischen Union ist, | a) sea miembro de la Comisión Europea, del Banco Central Europeo, del Tribunal de Cuentas Europeo o de un Tribunal de la Unión Europea, |
| b) | Beamter oder sonstiger Bediensteter der Europäischen Union oder einer auf der Grundlage des Rechts der Europäischen Union geschaffenen Einrichtung ist oder | b) sea funcionario u otra persona al servicio de la Unión Europea o de una institución constituida sobre la base del Derecho de la Unión Europea o |
| c) | mit der Wahrnehmung von Aufgaben der Europäischen Union oder von Aufgaben einer auf der Grundlage des Rechts der Europäischen Union geschaffenen Einrichtung beauftragt ist; | c) haya recibido el encargo de ejercer competencias de la Unión Europea o de una institución constituida sobre la base del Derecho de la Unión Europea; |
| 3. | Richter: wer nach deutschem Recht Berufsrichter oder ehrenamtlicher Richter ist; | 3. Es Juez, quien de acuerdo con el Derecho alemán es Juez de carrera o Juez honorario; |
| 4. | für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter: wer, ohne Amtsträger zu sein, | 4. Está especialmente obligado por el servicio público: quien sin ser cargo público, |
| a) | bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, oder | a) ejerce funciones de la Administración pública para una Autoridad u otro cargo, o |
| b) | bei einem Verband | b) para un |

- | | |
|---|---|
| <p>oder sonstigen Zusammenschluß, Betrieb oder Unternehmen, die für eine Behörde oder für eine sonstige Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausführen, beschäftigt oder für sie tätig und auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet ist;</p> <p>5. rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht;</p> <p>6. Unternehmen einer Tat deren Versuch und deren Vollendung;</p> <p>7. Behörde: auch ein Gericht;</p> <p>8. Maßnahme: jede Maßregel der Besserung und Sicherung, der Verfall, die Einziehung und die Unbrauchbarmachung;</p> <p>9. Entgelt: jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung.</p> <p>(2) Vorsätzlich im Sinne dieses Gesetzes ist eine Tat auch dann, wenn sie einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, der hinsichtlich der Handlung Vorsatz voraussetzt, hinsichtlich einer dadurch verursachten besonderen Folge jedoch Fahrlässigkeit ausreichen läßt.</p> <p>(3) Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen</p> | <p>colectivo u otra asociación, negocio o empresa que ejerce funciones para una Autoridad u otro cargo de la Administración pública, esté empleado o actúe para ella²⁸, y esté formalmente obligado por una ley al escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones;</p> <p>5. Es un hecho antijurídico: solo el que coincida con el supuesto de hecho de una ley penal;</p> <p>6. Realizar un hecho: lo es su tentativa y su consumación;</p> <p>7. Autoridad: también lo es un Tribunal;</p> <p>8. Medidas: lo son las de Seguridad y Mejora, la confiscación, y la inutilización;</p> <p>9. Compensación: lo es toda contraprestación consistente en una ventaja patrimonial.</p> <p>(2) También es doloso un hecho a los efectos de esta ley, cuando coincida con un supuesto de hecho legal que presuponga el dolo para la acción, pero que, en relación con una determinada consecuencia causada a través de aquella, baste con la imprudencia.</p> <p>(3) A los efectos de aquellos preceptos que se remiten a este párrafo, se equiparán los escritos a los soportes de sonido e imágenes, a los</p> |
|---|---|

²⁸ No queda claro quién es “ella” de entre los sustantivos femeninos que se mencionan con anterioridad, pero supongo que se trata del último, “la Administración Pública”.

Absatz verweisen.

almacenes de datos, a las reproducciones y otras representaciones.

§ 12 Verbrechen und Vergehen

- (1) Verbrechen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind.
- (2) Vergehen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind.
- (3) Schärfungen oder Milderungen, die nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils oder für besonders schwere oder minder schwere Fälle vorgesehen sind, bleiben für die Einteilung außer Betracht.

§ 12 Delito y Falta²⁹

- (1) Delitos son los hechos antijurídicos amenazados con pena privativa de libertad de un año o más.
- (2) Faltas son los hechos antijurídicos amenazados con pena privativa de libertad más corta o con multa.
- (3) Las agravantes o atenuantes previstas con arreglo a los preceptos de la Parte General, o para casos especialmente graves o menos graves, quedan fuera de la anterior clasificación.

²⁹ Se utiliza el término “Falta” conscientemente, a pesar de haber desaparecido como tal del Código Penal español al suprimirse en bloque el Libro Tercero. No obstante, muchas de las antiguas faltas continúan existiendo ahora como “delitos leves” junto a la categoría intermedia de los delitos “menos graves”. Por último, una aclaración: en Derecho alemán se diferencia entre Hecho punible (Straftat) e Infracción del orden (Ordnungswidrigkeit). Los hechos punibles se subdividen a su vez en Delitos y Faltas y son los contenidos en el StGB u otras leyes penales. Las Infracciones del orden se contienen en una ley con el mismo nombre -Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), y son infracciones de índole administrativa, no penal, dado que la competencia para su persecución es de las autoridades administrativas, y por otro lado no se imponen penas por su comisión sino multas administrativas. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que puede imponerse por una infracción de ese tipo -de tráfico, en concreto- la prohibición de conducir -§ 25 OWiG- que materialmente es una medida de seguridad coincidente con la retirada del carnet de conducir -§ 61, 5 StGB- de manera que en ocasiones se sitúan dichas infracciones en el límite mismo entre el Derecho administrativo y el Derecho penal.

Neoliberalismo *versus* democracia

Neoliberalism versus democracy

María José Fariñas Dulce*
Universidad Carlos III de Madrid
mjfd@der-pu.uc3m.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4174>

1. Introducción

En la escena final de la hasta ahora última película de Ken Loach: *Yo, Daniel Blake* (2016), la protagonista Katie, lee la nota que Daniel llevaba escrita antes de producirse su muerte en los baños de unas dependencias administrativas, donde iba a solicitar una pensión de invalidez. Daniel Blake era un carpintero de 59 años, viudo, que sufrió un ataque cardíaco y el médico le recomienda que cese de trabajar. Daniel se acerca, entonces, a la Seguridad Social para conseguir un apoyo público, una pensión. E ingresa en un laberinto burocrático, generador de desigualdad, que atenta contra su salud, no sólo cardíaca, sino mental y espiritual. Pierde su dignidad y, finalmente muere. La nota que llevaba escrita decía lo siguiente:

“No soy un cliente, ni un consumidor, ni un usuario del servicio. No soy un gandul, ni un mendigo, ni un ladrón. No soy un número de la Seguridad Social, ni un expediente. Siempre pagué mis deudas hasta el último centavo. Y estoy orgulloso. No acepto ni busco caridad. Me llamo Daniel Blake, soy una persona, no un perro, y como tal exijo mis derechos. Exijo respeto. Yo soy Daniel Blake, soy un ciudadano. Nada más y nada menos”.

He aquí un dilema ético brutal en tiempos del neoliberalismo. En tiempos de trabajo precario y desregulación de derechos sociales, de tránsito del ciudadano al cliente, de la radicalización del individualismo posesivo hasta el aislamiento más ansiógeno del individualismo de la desposesión, de conversión de lo público en negocio, de la vuelta a las políticas asistencialistas de “pobres” en detrimento de los derechos universales, de la ruptura de la solidaridad social sustituida ahora por la caridad privada, de triunfo de la privacidad sobre la colectividad y en tiempos, en definitiva, de jaque a la democracia y a sus vínculos de la integración social.

La apelación que *Daniel Blake* hace a la ciudadanía (“soy un ciudadano, nada más y nada menos”, dice) no es baladí. El ciudadano es un sujeto moral con derechos y obligaciones. Por el contrario, el cliente es aquel que tiene solvencia económica para consumir lo que los proveedores privados suministran. El individuo libre (“no existe la llamada sociedad: solo hay individuos libres”, recordemos una reiterada frase de Margaret Thatcher) es aquél que se gestiona particularmente sus propias contingencias y riesgos, aquél que, parafraseando a Milton Friedman, es “libre para

* La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco del proyecto de investigación *NEW TRUST-CM: Programa interuniversitario en Cultura de la Legalidad* (S2015/HUM-3466) del GIDYJ.

elegir” o, realmente, se le hace creer que es libre, aunque sea el sistema el que está sometiendo su libertad. Ahora bien, si presuponemos que la sociedad no existe, lo que existe entonces es un individuo sistémico, que rechaza los deberes con el grupo social, quiebra las bases solidarias de la estructuración social y gestiona individualmente sus contingencias y riesgos “libremente”.

Aquí radica la carga ideológica y el poder seductivo de la ofensiva neoliberal, que desde los años ochenta del siglo pasado nos ha conducido hasta la situación actual. Pero, está claro, en mi opinión, que no se puede organizar una sociedad prescindiendo de la moralidad cívica de la ciudadanía, por cuanto eso es lo que supone el enganche legitimador con sus instituciones y normas de convivencia, salvo que prescindamos también de ellas.

El capitalismo, con su estructura patrimonialista y jerárquica, ha generado siempre desigualdad sistémica. Pero ahora el capitalismo neoliberal global está siendo cada vez más compulsivo en la generación de desigualdades de todo tipo. No estamos ante una crisis económica convencional o cíclica, sino ante el derrumbe de la última fase de un tipo de capitalismo global neoliberal basado fundamentalmente en la especulación del dinero a partir del dinero. Asistimos a una etapa de cambio social profundo o de tránsito paradigmático. Por lo tanto, no estamos ante una cuestión meramente técnica de medidas económicas a adoptar (necesarias por otra parte en la coyuntura actual), sino ante un debate ideológico sobre el modelo político en el que esta última fase del capitalismo se ha asentado, que de momento camina hacia la opulencia de lo privado y la pobreza de lo público, y hacia el incremento de las desigualdades, la indiferencia y el egoísmo individualista.

2. La quiebra de los consensos básicos de la Modernidad

Tenemos la certeza de que desde comienzos del siglo XXI estamos perdiendo muchos de los elementos éticos y estéticos conquistados durante los dos siglos anteriores. La lógica del beneficio sin límite está destruyendo las bases de la solidaridad social y del orden moral que lo sustentaba. Se están quebrando algunos de los consensos básicos de la Modernidad¹.

El comienzo del siglo XXI nos sorprendió a todos con tres hechos irrefutables:

1. La expansión de un nuevo proceso histórico, denominado Globalización, caracterizado por una oleada masiva de privatizaciones de empresas y servicios públicos, por la desregulación y supresión de mecanismos legales de control especialmente en el ámbito financiero y laboral, pero también en el ámbito de las tierras, bienes y recursos públicos, caracterizado además por la aparición de nuevos sistemas jurídicos de carácter privado que compiten con los tradicionales derechos estatales y con el derecho internacional clásico, a la vez que los condicionan o modifican en favor de sus intereses privados y en contra de los intereses generales. Como en todo proceso histórico, en el de la globalización confluyen dos elementos, uno técnico (la revolución informática, nuevas tecnologías e inteligencia artificial) y otro ideológico que pretende hegemonizar dicho proceso (la ideología neoliberal y neoconservadora). Por eso, cuando se habla de la actual globalización debemos tener presente que se trata de una construcción ideológica y no solo de la descripción de un nuevo entorno económico y/o tecnológico. Porque constatar el aumento de los intercambios mundiales, el papel de las nuevas tecnologías, la inmediatez de las comunicaciones y

¹ Todo esto está más ampliamente desarrollado en FARIÑAS, M. J. (2017), *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*, Ed. Dykinson, Madrid.

transportes, la multipolarización del sistema de producción, la digitalización e, incluso, la robotización del trabajo y de la vida..., es una cosa; pero decir que la economía debe escapar de los controles políticos, prescribir la desregulación en diferentes ámbitos o poner en marcha privatizaciones de servicios públicos es otra muy distinta. Esto último no responde a un determinismo tecnológico. Cuando así se afirma, se está sustituyendo una descripción empírica exacta por una interpretación ideológica errónea e ilegítima. La totalización o globalización de los mercados, la privatización, la concentración oligopólica del poder económico y financiero no está predeterminada por la revolución de las nuevas tecnologías, aunque éstas lo faciliten. Está prescrita ideológicamente. El proceso de la globalización es un proceso histórico de construcción social, y no un proceso natural derivado de un determinismo mecanicista. Es más, creo incluso que el discurso neoliberal que se ha apropiado de este proceso ni siquiera está verdaderamente preparado, aunque lo pretenda, para responder a muchos de los desafíos reales planteados por los actuales cambios socio históricos y tecnológicos de la integración global.

2. La aparición en escena de un nuevo tipo de terrorismo, las “franquicias” políticas y/o redes del yihadismo global, que incorpora un nuevo discurso ideológico, no sólo religioso o político, resumido en la idea de la construcción de una “comunidad islámica global” (*Umma*). Y, correlativamente, la respuesta militarizada y mesiánica de las democracias liberales occidentales, que han convertido a este tipo de terrorismo en un nuevo “actor social”² con capacidad para incidir en la realidad. La respuesta, que están dando a este fenómeno las democracias liberales, a veces no es ni liberal ni democrática, puesto que debilita el garantismo jurídico en aras de la defensa física frente a un enemigo que es preciso aniquilar. Cuando este objetivo se coloca de manera preferente a la libertad y a la dignidad humana, se están poniendo a los preceptos democráticos liberales bajo una tensión evidente, a la vez que se atenta contra la unidad moral de una sociedad. Se limitan conquistas, y se acentúa el autoritarismo.
3. La ruptura del equilibrio geo-estratégico producida tras la caída de los países comunistas del bloque soviético. Hasta dicha caída el mundo se había configurado como un sistema bipolar, después intentó ser unipolar, pero el “sueño americano” duró poco (recuérdese la efímera profecía del “Fin de la Historia”, realizada por Francis Fukuyama) y dio paso a un mundo “post-americano” (Zakaria, 2009)³. El anterior consenso geoestratégico se ha escindido y ha dado lugar a un mundo sin polos claros de dominación, en términos de Richard Haass un mundo *apolar* (*La era de la no polaridad*) (Haass, 2008)⁴, con nuevos actores sociales y políticos con capacidad para ejercer poder y cada vez con mayor acceso a los recursos. Hablamos de corporaciones transnacionales, empresas criminales con beneficios a escala global, terrorismo global yihadista, nuevos Estados fallidos, Estados

² La doctrina de “la guerra global contra el terror” parece olvidar, como apunta Jonathan Raban, que “el terrorismo es un medio de beligerancia, no un objeto o un enemigo, y declararle la guerra es como declarársela a los tanques o a los arcos y las fechas”. Cfr. RABAN, J. (2005), “La verdad sobre el terrorismo” en *Claves de la Razón Práctica*, nº 150, marzo de 2005.

³ Cfr. ZAKARIA, F. (2009), *El mundo después de USA*, Espasa, Madrid. Se trata de una interesante visión dada por un liberal-conservador, discípulo de Samuel Huntington, sobre el futuro geopolítico y la distribución de poder del mundo actual, caracterizado por el rápido posicionamiento mundial de algunas de las potencias emergentes más importantes. Lo que denomina “el ascenso de los demás” o “el poder del resto o de los restantes”.

⁴ Richard Haass, que fue presidente del Consejo de Relaciones Exteriores de Estados Unidos publicó en la Revista *Foreign Affairs*, “La era de la no-polaridad”, mayo/junio 2008. La “no polaridad”, es decir, la inexistencia de polos de poder sino más bien de muchos más centros de poder capaces de direccionar a la política y la economía mundiales hacia los intereses por ellos promulgados o buscados; nuevos actores que no necesariamente son los tradicionales Estados-nación.

corporativos, redes de la indignación, partidos-ciudadanos y ciber-partidos, organizaciones globales de carácter regional, ciudades o regiones económico-políticas (Shanghai, California...), milicias y grupos terroristas de ámbito global, organizaciones de narcotráfico, piratería internacional de todo tipo (marítima, informática, financiera) organizada o libertaria. La era de la *apolaridad* se está caracterizando por una progresiva erosión del papel regulador del Estado en las relaciones socioeconómicas y de la supervisión de los organismos internacionales que conlleva una quiebra de la legalidad, que hace que el mundo sea ahora más inseguro. Un mundo que, de momento, se caracteriza más por la divergencia y el desconcierto, que por la convergencia y la concordia. Un mundo que ha perdido muchos de sus referentes éticos y estéticos, carece de alternativas claras y actúa solamente con soluciones *ad hoc* para conflictos concretos.

Estos tres hechos están quebrando algunos de los consensos básicos de la Modernidad. Fundamentalmente, el equilibrio societario entre la libertad y la igualdad, por una parte, y el equilibrio entre la libertad y la seguridad, por la otra. Además, han puesto en marcha una progresiva regresión de los derechos sociales y de algunas libertades públicas. Y todo ello está planteando un *jaque mate* a la democracia y el derecho modernos como instrumentos de emancipación social. Primero se ha ido quebrando la igualdad, la solidaridad pública y los derechos sociales y de emancipación en favor de la libertad y de una mal entendida liberalización del mundo (el mito de la libertad total para elegir). Ni el mercado ni la sociedad parecen más libres ahora, todo lo contrario, la concentración monopólica u oligopólica del poder y el dinero es cada vez mayor. Después se va quebrando también la libertad (algunas libertades individuales) en favor de la seguridad física de los individuos, con la consiguiente militarización y/o *policialización* de los conflictos sociales, reducidos a cuestiones de orden público, y la criminalización del disenso político, para justificar las políticas autoritarias de seguridad nacional que limitan derechos y libertades de los ciudadanos.

El resultado es una conjunción entre la austeridad económica y el autoritarismo político, que no tiene un carácter simplemente coyuntural. A mi juicio, es el peor escenario posible para la democracia y para los derechos, especialmente aquéllos derechos que tienen un carácter redistributivo y de emancipación social (educación, sanidad, pensiones públicas, dependencia...), porque la austeridad no es para el capital ni para las instituciones financieras, lo está siendo para las políticas sociales.

3. Anomía constitucional

En las últimas décadas se ha ido introduciendo un cambio fundacional en el constitucionalismo social consagrado tras la Constitución de Weimar de 1919. Los derechos sociales están transitando desde su inicial reconocimiento constitucional, pasando por una situación de debilidad estructural, hasta su cuestionamiento teórico actual. No son derechos, se dice desde las teorías neoconservadoras, son “distorsiones del mercado”. Creo que estamos entrando en una cierta *anomia* constitucional o en una (des)constitucionalización *de facto* de los derechos sociales, así como del carácter político del trabajo entendido como derecho. Parafraseando a Norberto Bobbio, frente al “tiempo de los derechos”, que caracterizó una etapa pasada, estamos ahora en “el tiempo de la deconstrucción de los derechos”.

La mistificación neoliberal del mercado ha conducido a justificar las desigualdades socioeconómicas como algo natural e inevitable, incluso trasladando la culpa de las mismas a los individuos. La narrativa neoliberal oficial está instalando

en la opinión pública la idea de “que, si es usted pobre, es culpa suya”, es su responsabilidad individual y ha de avergonzarse de su fracaso.

Tras esto se oculta la realidad de que, durante las últimas tres décadas, los ciudadanos hemos ido perdiendo derechos sociales, se van privatizando servicios públicos esenciales, se han precarizado las condiciones laborales, el trabajo productivo estable desapareció y se han disminuido las rentas del trabajo en favor de las del capital. El Estado ha hecho dejación de su función de emancipación social y va abandonando a los ciudadanos a “su suerte” en lo que respecta a sus situaciones de riesgo. En definitiva, el Estado se vuelve contra los pobres: “No tengo ingresos, no tengo pensión, pero tengo que pagar los impuestos”, dice Daniel Blake.

El trasfondo de todo esto está en la progresiva *(des)constitucionalización* del derecho al trabajo y en la pérdida de su carácter político. La creación del Estado Moderno como Estado Liberal (“estado de propietarios libres” según lo teorizó John Locke) se basó en el mito fundacional de la propiedad privada como derecho natural inscrito en una supuesta razón humana universal. Esto permitió elevar a categoría política la defensa de la propiedad privada y de la libertad contractual, como derechos naturales del hombre libre, propietario, blanco y judeocristiano. Tras las revoluciones obreras y sindicales del siglo XIX, se llega a un pacto tácito entre capital y trabajo o entre economía y sociedad. Este pacto implicó la incorporación del trabajo en las Constituciones, como derecho y su reconocimiento como categoría política. Se convierte así el trabajo y los derechos a él asociados en el eje central de la estructuración de las sociedades modernas y, sobre todo, en el principal vínculo de la integración social. Los que no tenían el poder, la única manera que tenían de integrarse en la sociedad era a través de su trabajo y de los derechos a él asociados, así como los demás derechos de emancipación social (educación, sanidad, pensiones públicas...). No en vano, los Derechos Humanos se crearon como límites primero al poder político, con los derechos políticos y de libertad, y después al poder económico, con los derechos sociales y los derechos laborales. Ambos tipos de derechos son instrumentos de democratización y de inclusión social, pero ahora están en un proceso de retroceso.

La irrupción del neoliberalismo global ha abierto un proceso de *(des)construcción* de derechos y libertades. Parafraseando a Carlos S. Nino estamos en una especie de *anomia*⁵ constitucional o, yo diría, en una situación de “alarma constitucional”, en la que por un lado, se da una inobservancia generalizada de las normas jurídicas y, especialmente, una interpretación de las normas constitucionales (dada su eficacia normativa directa) en beneficio de sujetos concretos e intereses privados; y, por otro lado, se olvidan deliberadamente cuáles son los fines generales perseguidos por las normas jurídicas, es decir, la satisfacción de expectativas y derechos para la mayoría, es decir, el interés general.

La ciudadanía percibe esto como una falta de “lealtad constitucional” por parte de los poderes públicos y privados, es decir, como la utilización de las normas constitucionales con fines diferentes para los que fueron creadas. O dicho de otra manera y al estilo de Gabriel García Márquez, “burlar las leyes sin violarlas o violarlas sin castigo”. Finalmente, los ciudadanos se sienten desconfiados, frustrados y desafectados con respecto a las normas e instituciones que permiten la vertebración democrática. No olvidemos que esta, como se sabe, ha de basarse fundamentalmente en el respeto y la protección de los derechos de la ciudadana,

⁵ NINO, C. (1992), *Un país al margen de la ley*, Emecé Editores, Buenos Aires, donde describe la situación *anómica* del sistema jurídico argentino, con incumplimientos sistemáticos y de las normas, utilización de las mismas para intereses privados, olvidando su finalidad que es la defensa de los derechos, libertades e intereses de todos. Situación que Nino denominó como “anomia boba”.

reforzándolos y/o blindándolos contra –parafraseando a Luigi Ferrajoli- los “poderes salvajes” tanto los *arcanos* como los nuevos derivados de la globalización neoliberal (Ferrajoli, 2011)⁶: los derechos como “contrapoderes”.

En definitiva, a lo que estamos asistiendo ahora, tras la irrupción del neoliberalismo económico (con sus desregulaciones jurídicas, privatizaciones de servicios públicos, externalizaciones laborales, automatización del trabajo, etc.) es a la pérdida del trabajo como motor central de la estructuración de nuestras sociedades. El proceso de la desindustrialización, junto con las diferentes oleadas de externalizaciones laborales (la industrial, primero, la de servicios, ahora), desregulaciones y privatizaciones, junto con el tránsito del capitalismo productivo al capitalismo financiero, han roto el equilibrio societario alcanzado en el siglo XX entre capital y trabajo en favor de aquél. El capitalismo neoliberal ha triunfado y el trabajo se ha precarizado y pauperizado hasta el punto de que tener trabajo hoy día ya no es garantía de una vida digna. Por ejemplo, más de un cuarto de los adultos actualmente con trabajo en EEUU cobra salarios más bajos de lo que les permitiría superar el umbral oficial de la pobreza (Livingston, 2016). La disminución exponencial de las rentas del trabajo, la precarización del mismo, la pérdida de derechos a él asociados, producen pobreza e incrementan la desigualdad social. Las desigualdades de todo tipo se están convirtiendo en una forma de violencia estructural. Y, como afirma el sociólogo sueco Göran Therborn, la desigualdad mata y es, por lo tanto, un atentado contra la dignidad humana (Therborn, 2015)⁷ que es el fundamento de la existencia de los derechos humanos y de la capacidad de tener una vida digna.

Comparto con Slavoj Žižek la opinión de que se ha instalado en el imaginario social –y esto es un triunfo también del capitalismo neoliberal global- la idea de que cualquier acción colectiva consciente, cuyo objetivo sea imponer cierto control social, es equivalente a totalitarismo (Žižek, 2011)⁸. Ha ganado la vieja visión liberal de que es mejor construir un mecanismo (el mercado) y dejarlo operar libre y ciegamente, aunque nos lleve a la catástrofe ecológica y mantenga la explotación del hombre por el hombre, a la pérdida de los derechos adquiridos o a las crisis financieras cíclicas. Por eso es tan difícil actualmente articular movilizaciones sociales de resistencia. La sociedad se ha escindido, las clases trabajadoras están fragmentadas y los conflictos socioeconómicos se han culturizado o *etnificado*, haciendo que los trabajadores se enfrenten entre sí por el color de la piel o la religión transmitida, y que caigan entre ellos en una competencia cainita por los recursos públicos y las prestaciones sociales.

Frente a lo colectivo y a lo público, se ha impuesto lo privado y el “individualismo de la desposesión”, del que no tiene nada, del desclasado, del empobrecido, del desposeído incluso de sus derechos. Abocado a la lógica del “sálvese quien pueda y yo el primero”. Frente al constitucionalismo de los derechos propio de las democracias constitucionales, se está instalando ahora un

⁶ Para quien, recordando a Montesquieu, es un dato de la experiencia que los poderes, libres de límites y controles, tienden a concentrarse y acumularse en formas absolutas: a convertirse, a falta de reglas, en *poderes salvajes*. De ahí la necesidad no solo de defender, sino también de repensar y refundar el sistema de garantías constitucionales de los derechos.

⁷ El sociólogo sueco ofrece una teoría tridimensional sobre la desigualdad y la define en base a tres pilares cuya combinación o existencia lastiman la capacidad de funcionar plenamente como un ser humano y de poder optar por una vida de dignidad y bienestar. Estos tres pilares son la *desigualdad vital*, basada en la salud física y mental, la *desigualdad existencial*, relacionada con la autonomía, los derechos y la libertad de las personas, y la *desigualdad de recursos*, centrada en los aspectos económicos y materiales. Los tres se relacionan y se entrelazan formando un fenómeno social complejo cuyo análisis no puede ser más que multidimensional.

⁸ Cfr. ŽIŽEK, S. (2011) *En defensa de las causas perdidas*, Akal, Madrid. La tesis básica de este libro, denso y complejo, es que el fracaso histórico de los proyectos revolucionarios emancipadores impide que veamos algunas de las aportaciones positivas de sus relatos, que ahora podrían ser útiles de nuevo para construir movimientos de resistencia.

constitucionalismo hegemónico neoliberal de las empresas multinacionales, de los tratados de libre comercio y del capital financiero global, que no es democrático, no garantiza los derechos fundamentales ni la libre competencia leal. Y lo peor, se está consiguiendo convencer a muchos de que “no hay alternativa” al poder seductor del neoliberalismo global y de la liberalización del mundo, bajo la cautivadora idea de que hemos conseguido “ser libres para elegir” y autónomos para trabajar, para triunfar o para fracasar.

4. Criminalización de la pobreza *versus* exaltación de la riqueza

En este contexto se buscan “chivos expiatorios” o culpables fuera del sistema, olvidando dónde está la verdadera culpabilidad. A la vez, se impide una articulación colectiva unitaria de los trabajadores para desafiar al sistema. Se ha fragmentado a las clases trabajadoras y se le aboca al individualismo de la desposesión y a la gestión individual de sus propias contingencias y riesgos. A un individualismo sistémico, basado en el cálculo de las ventajas individuales obtenidas dentro de un grupo social. Todo ello rompe la cohesión social y la solidaridad orgánica, que fueron las bases estructuradoras de la sociedad occidental moderna (espacio/tiempo), conduciéndonos a una ética nihilista de la desesperanza. La culpa ya no es de la sociedad, sino individual, la responsabilidad es únicamente individual.

En este contexto, primero se criminaliza la pobreza, convirtiendo al “pobre” en “sospechoso” de violencia y delincuencia. Pero de la criminalización de la pobreza se está pasando ahora a la *aporofobia* (Cortina, 2017)⁹ que es el odio, repugnancia, desprecio u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el fracasado y el desamparado, sea inmigrante, refugiado, desplazado, desclasado o personas sin hogar, y que se manifiesta a veces en vejaciones o agresiones directas (por ejemplo, jóvenes que queman indigentes que duermen en cajeros de los Bancos y luego cuelgan la escena en la red, algo relatado hace algunos años en una novela de éxito mundial, *La cena*, de Herman Koch, 2010). Pero, aunque no llegue a manifestarse en conductas delictivas directas, este nuevo tipo de intolerancia se está instalando en el imaginario colectivo, hasta llegar a una suerte de “fascismo social de la exclusión”, en palabras de Boaventura de Sousa Santos (2009, pp. 560-563)¹⁰, que está calando ya de manera severa entre muchas personas.

Los pobres, las personas sin recursos se vuelven incómodas para la sociedad, para los políticos y para las empresas, porque no tienen capacidad para consumir. Y al no consumir, pierden sus derechos como ciudadanos y su capacidad para incluirse en el sistema: quien no tiene dinero queda automáticamente excluido en la dura lógica del capitalismo neoliberal. Nos molesta su derrota, no queremos verla y tememos que nos quiten nuestras cosas, como el trabajo, la casa, el coche e, incluso, que nos quiten “nuestros derechos”. Nos genera lo que el sociólogo Stanley Cohen denominó hace años “un pánico moral” (1972)¹¹, es decir, una reacción irracional de construcción y

⁹ Término introducido en el último ensayo de la filósofa española, CORTINA, A. (2017), *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Ed. Paidós, Barcelona, que califica como “el mal de nuestra época”; en el año 2017 ha sido incorporado por la Real Academia de la Lengua Española a la edición digital de su Diccionario.

¹⁰ Véase, SANTOS, B. (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, Madrid, pp. 560-563: el *fascismo social* es una situación caracterizada por relaciones sociales y experiencias de vida, que se supeditan a relaciones jerarquizadas de poder e intercambios extremadamente desiguales, y que generan formas horizontales de exclusión particularmente severas y potencialmente irreversibles.

¹¹ COHEN, S. (1972), *Folk Devils and Moral Panics*, Routledge Classics, New York 1ª ed. 1972, definió la teoría del “pánico moral” como la construcción social de un episodio, condición, persona o grupo de personas que han sido definidos como una amenaza para los valores e intereses dominantes de la

rechazo de amenazas veladas o abiertamente contrarias a la norma dominante de la utopía neoliberal del consumo global.

La filmografía de Hollywood está llena de exaltaciones a la riqueza, como saludable, hermosa, alegre, luminosa, buena..., (opciones deseables), mientras que la pobreza se muestra siempre como negativa, sucia, oscura, peligrosa, culpable (opciones amenazantes). Al contrario que en la leyenda inglesa de *Robin Hood*, nos encontramos ahora en una rebelión de los ricos contra los pobres. Pero, en definitiva, la pobreza y la desigualdad creciente reflejan el fracaso de la sociedad capitalista y esto es lo que se pretende ocultar a la mira crítica.

Por otra parte, se ha instalado en el imaginario social una cierta *anomia* en el sentido utilizado por el sociólogo norteamericano Robert Merton (1964)¹², es decir, una deficiente estructuración de las expectativas sociales o, lo que es lo mismo, una falta de adecuación entre los objetivos sociales definidos culturalmente y los medios –siempre limitados– que la sociedad establece para alcanzarlos. Los deseos y los objetivos (riqueza, bienestar, poder, estatus social, éxito...) son siempre definidos culturalmente, así como también los medios legítimos para alcanzarlos. Ahora bien, la relación entre objetivos y medios legítimos no siempre es armónica y muchos buscan atajos no legítimos para conseguir aquellos. Lo importante es triunfar, ser rico, no importa el cómo. Se celebra la riqueza por encima de todas las cosas.

Se suele dar más énfasis socialmente a los objetivos (riqueza, poder, posición social...) que, a los medios legítimos para conseguirlos, algo que queda muy bien reflejado, de manera incluso cáustica, en la película de Martín Scorsese, *El lobo de Wall Street* (2013). La película comienza con un comercial de televisión narrado por Gene Hackman donde promueve la firma Stratton Oakmont. Jordan Belfort (Leonardo DiCaprio) narra a continuación cómo logró tener una bella esposa, una gran mansión en Long Island, un gran Ferrari y volverse multimillonario. Hay una frase esclarecedora de uno de “los lobos” refiriéndose a un competidor, cuando –sosteniendo en su mano una copa de champán– desprecia a los pobres, a los torpes y a los menos ambiciosos, diciendo: “*he is a Beer Drinker*” (es un bebedor de cerveza). Los ricos no beben cerveza.

Se exalta la riqueza y se intentan justificar los medios no legítimos para alcanzarla. De esta manera, el que alcanza el poder y la riqueza será respetado por ello sean cuales fueren los medios que hubiese utilizado para conseguirlo. En la ciudadanía se está instalando una cierta cultura de la ilegalidad y de la impunidad, es decir, del “todo vale” con tal de alcanzar el poder o el dinero. La libertad sin ley, una libertad impregnada de *animalidad*, es decir, la “ley del más fuerte” que efectivamente beneficia al más fuerte. Se admira a los ricos (guapos, limpios, cuerpos cuidados y saludables...) y se desprecia a los pobres (sucios, feos, enfermos, fracasados: “no hay nobleza en la pobreza”), sin la menor compasión ni consideración de cómo han llegado a esa situación y, lo que es más grave, obviando cualquier responsabilidad colectiva en ello.

5. Neoliberalismo *versus* Democracia

Parafraseando a Cornelius Castoriadis, la democracia es un proceso histórico de inclusión de todos. Un proceso, añado yo, de lucha por los derechos y las libertades

sociedad, por no acomodarse a la norma establecida, es decir, no “someterse” al proceso de normalización.

¹² Véase, la ya clásica referencia a Robert Merton, *Teoría y estructuras sociales*, F.C.E., México, 1964, quien define la *anomia* no como algo coyuntural, sino como una situación permanente en los sistemas sociales.

que son, en realidad, los vehículos de la integración y la inclusión social. Un proceso abierto y complejo de lucha por la participación y la emancipación social, con avances y retrocesos. Sin la garantía de los derechos para todos, la democracia se convierte en una mera escenificación formal, que perpetúa los intereses particulares de las élites. No olvidemos que, en el momento fundacional del constitucionalismo moderno existió un acuerdo liberal-conservador, que consolida una democracia elitista, desigual y excluyente. Paralelamente, la construcción del Estado de Derecho ha sido un proceso histórico de sometimiento de la actuación de los poderes públicos a normas jurídicas generales que operan como garantías frente a la arbitrariedad, el abuso de poder y la corrupción.

En ambos casos, la cuestión ha radicado y radica en la implementación de límites al poder, en establecer adecuados mecanismos de control para evitar la concentración de poder y de riqueza en pocas manos. No en vano, la conquista de las libertades y de los derechos ha operado siempre, valga la redundancia, como límites al poder.

En las últimas décadas, las actuales democracias occidentales están sufriendo un golpe o un asalto por mor de la contrarrevolución neoliberal, cuyo objetivo es privatizar lo público, desregular los derechos sociales y de emancipación social (educación, sanidad, pensiones públicas), romper la solidaridad orgánica (interterritorial, interclasista, intergeneracional), mercantilizar completamente la vida y eliminar las utopías sociales decimonónicas. Como consecuencia, los Estados democráticos occidentales están pasando por una fase de creciente de *des-democratización* paralela a su proceso de *des-industrialización*, con grandes márgenes de exclusión social, incremento exponencial de la desigualdad y un déficit cada vez mayor de la participación ciudadana en las tomas de decisión. Y lo que es peor, la situación actual puede afectar gravemente a las estructuras políticas de la Modernidad, alterando las relaciones pactadas entre la ciudadanía y sus Estados de Derecho, fundamentalmente, los pactos societarios entre libertad/igualdad, por una parte, y entre libertad/seguridad, por otra.

El Estado de Derecho se está convirtiendo en un Estado cada vez más corporativo, con menos límites en el ejercicio del poder, menos control de las autoridades públicas, menos equilibrio de poderes y cada vez más punitivo y represivo. La doctrina neoliberal ha penetrado en las entrañas del poder político de los Estados, ha capturado sus instituciones: ya no hay diferencia entre poder económico y poder político. El neoliberalismo no es sólo una ideología o una política económica, como afirman Christian Laval y Pierre Dardot, es una forma de vida (2013)¹³ que está planteando un jaque a las democracias occidentales. Como viene afirmando Noam Chomsky¹⁴, las reformas y ajustes estructurales impulsados desde hace décadas por el neoliberalismo, al excluir a grandes sectores de la sociedad, están disminuyendo la democracia. Cuanta más exclusión social y desigualdad, más difícil es la estructuración democrática de la sociedad.

Además, la falta de control y la quiebra en el equilibrio de poderes favorece e incrementa la corrupción y el abuso de poder. La corrupción de los poderes y bienes públicos atenta directamente a la democracia. La mayoría de países

¹³ Idea reiterada por Christian Laval y Pierre Dardot, *La nueva razón del mundo*, Ed. Gedisa, 2013, el neoliberalismo es descrito por ambos, no sólo como una doctrina o una política económica, sino también como una norma general de los comportamientos, tanto de los Estados como de las empresas privadas y de los propios individuos, que hace de la competencia el elemento y el motor principal de la vida.

¹⁴ Noam Chomsky, *Neoliberalism Is Destroying Our Democracy*, La Nación, junio, 2017, quien viene oponiendo desde hace años el neoliberalismo contra la democracia, que cree realmente amenazada ahora por aquél, y al que acusa de ser la raíz de las últimas crisis económicas y financieras globales.

desindustrializados atraviesa ahora una profunda crisis institucional debida a casos, a veces coyunturales, otros estructurales, de corrupción política en connivencia con el poder económico, al desgaste de algunas instituciones, a la desafección política y al derrumbe de la moral cívica vinculada a lo público, a la obsolescencia de leyes esenciales (ley electoral, leyes fiscales y la propia Constitución) y debido también a lagunas legales, como la de la Transparencia y Acceso a la Información Pública, que perpetúan la opacidad, el secreto y, a veces, el engaño en el funcionamiento de las administraciones públicas, así como a la persistencia de las oligarquías en la estructuración democrática de la sociedad y de las administraciones públicas. Todo ello ha impedido, y sigue haciéndolo, un completo desarrollo democrático de nuestras instituciones políticas y jurídicas.

Muchos sistemas políticos y económicos están en ruinas, pasan por su peor momento. Existe una crisis institucional muy grave, una cooptación de las instituciones democráticas por los intereses privados de los grandes poderes económicos y financieros, un secuestro de la voluntad popular, una creciente manipulación en la formación de la opinión pública y una alarmante restricción de derechos y libertades. Se cae, con frecuencia, en la estrategia del caracol: los verdaderos corruptos siguen impunes. Y el principal problema social persiste y radica en el propio sistema político y económico productor de desigualdades de todo tipo. La cuestión no está sólo en una ética individual. Es el mismo sistema el que sostiene la corrupción.

Si no se tiene claro que el objetivo último de las democracias modernas ha de ser la igualdad, la integración, los derechos sociales y el trabajo digno, nadie va a luchar en serio contra los delitos económicos ni contra la corrupción política, la opacidad y la extorsión. Porque la corrupción perpetúa la desigualdad y la violencia estructural. La corrupción política, el abuso de poder, la falta de control de las autoridades públicas, junto con las desigualdades generadas compulsivamente por el sistema económico financiero, son los grandes desafíos de la democracia. Superar estos desafíos supondría que la democracia moderna dejara de ser una cuestión de élites (o parafraseando a Umberto Eco, de *apocalípticos*) y pasara a ser una cuestión de masas (esto es, de *integrados*) (1995)¹⁵.

He ahí la clave: la democracia moderna ha sido y lo es todavía una cuestión de élites. El poder ha pertenecido en su totalidad a las élites (pacto liberal/conservador) y a sus representantes delegados. Por eso las revoluciones introducen una brisa refrescante. Prometen cambios, pero no cambian lo esencial, es decir, la desigualdad, la injusticia social, la rapiña del sistema, la impunidad de los detentadores del poder. Parece que lo que las revoluciones hasta ahora lo que han conseguido ha sido un cambio de élites, un cambio en los mecanismos de dominación, para que todo siga más o menos igual.

6. Alternativas

1. Creo que es necesario recuperar esa dimensión colectiva de los proyectos emancipadores del siglo pasado. No se trata simplemente, de una vuelta a las experiencias revolucionarias pasadas: la historia no tiene vuelta atrás. Pero sí de ser capaces de construir nuevos activismos colectivos de resistencia frente al poder seductor del neoliberalismo global, que no pasen por los repliegues identitarios, ni por

¹⁵ Parafraseando de nuevo a Eco, ¿podríamos plantearnos si es la democracia, al igual que la cultura, un hecho aristocrático, contrario a las masas? ¿Igual que la "cultura de masas" es la *anticultura*, podríamos afirmar que la democracia de masas sería la *antidemocracia*? He aquí el "nudo gordiano" que las sociedades globales han de afrontar.

los fundamentalismos neoconservadores y proteccionistas. Porque sólo la búsqueda de una identidad compartida (la *identidad cívica* como ciudadanos titulares de derechos y obligaciones) permite construir valores comunes.

Lo cierto es que es urgente construir políticamente nuevas utopías emancipadoras, capaces de generar esperanzas de futuro para una ciudadanía frustrada, temerosa, desesperada e individualizada. Por ello creo que el reto de la política en el siglo XXI está en tomar conciencia de un cierto estado de depresión colectiva frente a la euforia capitalista neoliberal del hiper consumo y de la producción destructiva de desigualdades. Y, sobre todo, no dejar que las nuevas extremas derechas, los fundamentalismos religiosos y los populismos autoritarios conservadores coopten este espacio y se apropien, como parece que lo están haciendo, del discurso político y de la agenda social. La desigualdad socioeconómica está produciendo ya no sólo conflictividad social, sino conflictos políticos, y está minando las bases utópicas e igualitarias de la democracia.

2. En segundo lugar, se debería dar una batalla política y transnacional por la (re)regulación de los mercados. Establecer nuevos mecanismos de control y de límites al poder, tanto a los poderes *arcanos* como a los nuevos poderes salvajes surgidos en el contexto global. El sistema capitalista es un sistema patrimonialista que se basa en relaciones jerarquizadas de poder. Por ello necesita de regulaciones, principalmente, fiscales para poder corregir las desigualdades que el mismo genera.

3. Corregir las desigualdades con políticas sociales, desarrollo sostenible y redistribución equitativa de los recursos, en el objetivo de conseguir una subordinación de la riqueza al 'interés general'. Si el sistema es un generador compulsivo de desigualdades, no podemos perder de vista que el reto político más acuciante en el siglo XXI es la gestión de las desigualdades. Sin igualdad y redistribución no puede haber integración. Y sin integración, es decir, sin la participación de todos, la estructuración democrática de nuestras sociedades no será plena.

4. Es preciso volver a afrontar políticamente las cuestiones económicas, fiscales e institucionales fuertes que en las últimas décadas han sido un coto vedado, recuperando así el control normativo de la política democrática. Ésta parece estar secuestrada por un parlamento virtual de inversores y prestamistas que ha conseguido controlar hasta ahora los programas gubernamentales y comercializar totalmente nuestras vidas.

5. Abordar actualmente las desigualdades no es solo un imperativo ético. Es esencial para sostener la estructuración democrática de las sociedades globales y su crecimiento económico. Y esto ha de abordarse con políticas fiscales adecuadas. Las políticas fiscales sin duda son cruciales para resolver problemas de desigualdad, junto con las políticas de educación y sanidad¹⁶. La decisión está en optar, o bien entre políticas fiscales para ricos y sistemas impositivos que pivotan sobre el consumo e incrementan la desigualdad social, o bien entre políticas fiscales para paliar la desigualdad, para redistribuir la renta y, por lo tanto, para democratizar las sociedades. No deberíamos olvidar que, tal y como aparece en un reciente informe

¹⁶ Puede parecer una vuelta a las propuestas socialdemócratas del bienestar. Sin embargo, así lo ha puesto de manifiesto el Informe del Fondo Monetario Internacional: [IMF Fiscal Monitor: Tackling Inequality, October 2017](https://doi.org/10.20318/economia.2018.4174)

de Oxfam-Intermon¹⁷, "el sistema fiscal español es uno de los que menos capacidad redistributiva tiene de toda Europa".

Bibliografía

- COHEN, S. (1972), *Folk Devils and Moral Panics*, Routledge Classics, New York
- CORTINA, A. (2017), *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Ed. Paidós, Barcelona.
- ECO, U. (1995), *Apocalípticos e integrados*, Tusquest Editores, Barcelona.
- FARIÑAS, M. J. (2017), *Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*, Ed. Dykinson, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2011) *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, (Prólogo y traducción Perfecto Andrés Ibáñez) Trotta, Madrid.
- HAASS, R. (2008), "La era de la no-polaridad", *Foreign Affairs*, Volume 87, Number 3.
- LAVAL, C. y DARDOT, P. (2013), *La nueva razón del mundo*, Ed. Gedisa, España.
- LIVINGSTON, J. (2016), "A la mierda el trabajo", en CTXT, 16 de diciembre de 2016.
- MERTON, R. (1964) *Teoría y estructuras sociales*, F.C.E., México.
- NINO, C. (1992), *Un país al margen de la ley*, Emecé Editores, Buenos Aires.
- RABAN, J. (2005), "La verdad sobre el terrorismo" en *Claves de la Razón Práctica*, nº 150, marzo de 2005.
- SANTOS, B. (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, Madrid
- THERBORN, G. (2015), *La desigualdad mata*, Alianza Editorial, Madrid
- ZAKARIA, F. (2009), *El mundo después de USA*, Espasa, Madrid
- ZIZEK, S. (2011) *En defensa de las causas perdidas*, Akal, Madrid

¹⁷ <https://oxfamintermon.s3.amazonaws.com/sites/default/files/documentos/files/recuperacion-economica-una-minoria.pdf>

Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica.

Jorge F. Malem Seña

(2017) Marcial Pons, Madrid. 144 pp.

Sebastián Agüero-SanJuan*

Universidad Austral de Chile

sebastian.aguero@uach.cl

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4175>

Desigualdad

1. Introducción

El estudio de la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica, tanto de manera individual como conjunta, resulta de suma relevancia para una adecuada comprensión de múltiples problemas, soluciones y agendas de nuestra sociedad del siglo XXI. A modo de ejemplo, dentro de los 17 objetivos de la «Agenda de desarrollo sostenible 2030», aplicables desde el 01 de enero de 2016, se encuentran el fin de la pobreza, junto con la paz, justicia e instituciones sólidas. Mientras el primero está directamente dirigido a terminar con la pobreza en todas sus manifestaciones (ingresos, hambre, discriminación, exclusión, entre otras); el segundo se enfoca en construir instituciones responsables y eficaces, y acabar con la corrupción en el poder judicial y la policía¹.

Sin embargo, ¿es posible analizar dichas calamidades sociales y sugerir soluciones a ellas con solo una consideración tangencial de la desigualdad? La pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica por sí mismas constituyen fenómenos sociales que necesariamente debemos estudiar, pero en las sociedades actuales ¿es posible su comprensión y erradicación sin centrar el enfoque en el fenómeno de la desigualdad? Por ejemplo, en la citada agenda 2030, combatir la desigualdad es un objetivo por sí mismo, pero a su vez es considerada como uno de los factores que genera violencia, inseguridad e injusticias y, además, constituye un elemento clave en la lucha contra la pobreza mediante la noción de crecimiento económico inclusivo².

Por lo mismo, el presente comentario tiene por objeto explicitar y enfatizar el papel de la desigualdad en relación con la tríada presentada en: *Pobreza, corrupción,*

* A José María Sauca y Jorge Malem agradezco profundamente su invitación, porque me ha permitido revisar y estructurar algunas de mis intuiciones sobre temáticas de suma relevancia social, pero que no constituyen mi área de especialidad.

Código ORCID del investigador: <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>

¹ NACIONES UNIDAS (2015), *Objetivos de desarrollo sostenible*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>, (fecha de consulta: 15 de febrero de 2018)

² NACIONES UNIDAS (2015), *Objetivos de desarrollo sostenible*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>, (fecha de consulta: 15 de febrero de 2018)

[in]seguridad jurídica de Jorge Malem. Esto sobre la base de asumir que, el estudio de la desigualdad constituye la pieza clave en la lucha contra la pobreza, contribuye a comprender situaciones que van más allá de los casos de corrupción y permite cuestionar contextos en que se impone la seguridad jurídica para solo lucrarse de ella. Dada la relevancia de la desigualdad y su aumento explosivo en los últimos años, el presente comentario se centra en cuestionar el papel secundario que se le atribuye en el citado libro.

Así, en lo que sigue, para satisfacer estos objetivos, el presente trabajo se distribuye en tres apartados. El acápite 2 presenta de modo esquemático las principales ideas del libro, agrupadas en cuatro estadios: aspectos conceptuales, consecuencias de las calamidades, concomitancias de las mismas y propuestas de intervención. El acápite 3 presenta un bosquejo de por qué y cómo, en la actualidad, la desigualdad constituye la pieza clave en la lucha contra la pobreza, una calamidad social cuyos nocivos efectos pueden ir más allá que los de casos corrupción y una situación social en que unos pocos se lucran de la seguridad jurídica conseguida. Finalmente, el acápite 4 presenta algunas de las principales conclusiones del trabajo.

2. Pobreza, corrupción, [in]seguridad jurídica³

Malem considera que definir o conceptualizar es el paso previo antes de entender y analizar fenómenos como la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica. Por lo mismo, solo una vez ha realizado esta actividad presenta su diagnóstico de la situación actual, para luego proponer medidas que debiliten las condiciones que posibilitan y los vínculos que retroalimentan los tres fenómenos que integran la citada triada⁴.

Entendidas como calamidades, la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica son el producto de acciones humanas voluntarias e intencionales y, consecuentemente, su manifestación histórica siempre es dependiente del contexto en el cual se presentan. En este trabajo la atención está centrada en Iberoamérica, de modo que, todo el análisis se enfoca en los elementos y las influencias mutuas generadas entre pobreza, corrupción e inseguridad política en esta megaregión.

Por consiguiente, en lo que sigue, de modo esquemático, agrupo la revisión iberoamericana realizada por Malem de la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica en cuatro estadios: (i) conceptuales; (ii) consecuencias; (iii) concomitancias; e (iv) intervenciones

- *Conceptos*. En un primer estadio el análisis se centra en la discusión y configuración conceptual de pobreza, corrupción y seguridad jurídica. En el caso de la pobreza se caracteriza a la misma a partir de tres criterios (ingreso mínimo, necesidades básicas insatisfechas, y las libertades y capacidades humanas), junto con señalar sus limitaciones al tiempo de captar un fenómeno sumamente complejo.

A su vez, los actos de corrupción son caracterizados como realizados con la intención de obtener un beneficio irregular o no permitido, mediante la violación de un deber institucional, sobre la base de una relación causal entre la violación de un deber y la expectativa de obtener un beneficio irregular. Por lo cual, este tipo de actos se muestra como una deslealtad hacia la regla violada, la institución a la cual se

³ Toda la reconstrucción está sustentada en: MALEM, J. (2017), *Pobreza, corrupción e [in]seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

⁴ Si bien la alusión de Malem se presenta al hablar de la pobreza, considero que este proceder es extrapolable a todo su trabajo.

pertenece o en la que se presta servicio y, generalmente, tienden a ser ocultados, ya sea por una comisión en secreto, o, al menos, en un marco de discreción.

En relación con la seguridad jurídica, se adopta la noción tradicional sustentada en un aspecto objetivo y otro subjetivo. El primero se integra por las perspectivas funcional y estructural vinculadas con garantizar la eficacia del derecho por los ciudadanos y órganos del Estado, y también, el conocimiento y comprensión de las normas jurídicas. A su vez, el segundo aspecto, se relaciona con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, entendida en el sentido de predecir el contenido proposicional de las decisiones de los órganos estatales, sean jueces o administración del Estado, i.e., que aplicarán reglas previamente establecidas asignando consecuencias jurídicas a cierto estado de cosas.

Cabe destacar que el aspecto objetivo de esta noción tradicional es complementado con una exigencia al contenido de las normas jurídicas. Esta deriva del núcleo del Estado democrático y social, el cual está fuertemente comprometido con garantizar la dignidad de la persona, piedra angular de los derechos humanos: desde la seguridad jurídica hacia una seguridad humana. En consecuencia, el aspecto objetivo sirve de base al aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, ya que consolidado el primero es posible garantizar el segundo.

Cabe agregar que, para Malem, la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica son conceptos independientes, aunque suelen presentarse de manera concurrente y actuar en modo concomitante. Por ejemplo, la corrupción es independiente de la pobreza, pero suele estar acompañada de esta y dejar su impronta tanto en ella como en la seguridad jurídica; así también, la inseguridad jurídica no depende de la pobreza y la corrupción, pero estas últimas contribuyen a generarla.

- *Consecuencias.* En un segundo estadio, el trabajo presenta los nocivos efectos de la tríada en las sociedades actuales. La presentación de estos se realiza generalmente con el respaldo de datos cuantitativos y cualitativos. En relación con la pobreza la presentación pivota en mostrar cómo de acuerdo con los citados criterios (ingreso mínimo, necesidades básicas insatisfechas y las libertades y capacidades humanas) es posible capturar diversos aspectos de la realidad. Aunque, con independencia de ellos, resulta irrefutable que en Iberoamérica existen numerosas y profundas bolsas de pobreza. La pobreza y la necesidad de su erradicación nos afectan como seres humanos, principalmente, porque ella incide de un modo tal en quienes la padecen que los imposibilita para ejercer todos los derechos humanos y de ciudadanía que, supuestamente, les corresponden.

En cambio, respecto de la corrupción el enfoque está en señalar once posibles circunstancias y contextos que favorecen la corrupción, junto con sus principales efectos negativos en los ámbitos económico, social y político. Con independencia de si es grande o pequeña corrupción y del ámbito en que surja (económico, social y político), este fenómeno puede producir un alto grado de descomposición social, al punto de extirpar las actitudes de combate o repudio hacia ella, porque los participantes en dichas prácticas logran tejer dentro de la sociedad una red estable e integradora capaz de sustentarse a lo largo del tiempo. Por lo mismo, para que la corrupción no constituya un instrumento cuyo uso racional conduzca al éxito social, se deben implementar de manera sistemática y perdurable diversas medidas que sancionen los comportamientos, modifiquen las estructuras sociales y eduquen a la ciudadanía.

Así también, se presentan diversos factores que disminuyen los niveles de seguridad jurídica, los cuales es posible agrupar en tres ámbitos: creación, seguimiento y aplicación de normas. En relación con la producción normativa se alude al fenómeno de la hipertrofia legislativa y una inadecuada técnica legislativa, junto con sus nocivos efectos en los sistemas jurídicos y los ciudadanos. Respecto de la medida en que las normas motivan el comportamiento humano, se alude a cuestiones vinculadas con su ineficacia como son la impunidad, por su relación con los casos de corrupción, y la anomia boba, por generar la acción colectiva menos eficiente. Acerca de la aplicación de las normas se alude a los cambios de criterios de los órganos de aplicación e inadecuadas ejecuciones de las delegaciones legislativas por parte de los gobiernos. Finalmente, de manera individual o conjunta los tres ámbitos pueden ser entendidos como: “incentivos para que los ciudadanos se aparten del derecho y utilicen aquellos atajos que más benefician a sus intereses” (Malem, 2017, p. 72), de manera que, para aumentar los niveles de seguridad jurídica se deben garantizar ciertos niveles de eficacia normativa, para que sobre la base de ellos se pueda consolidar cierta estabilidad y uniformidad de las actuaciones estatales⁵.

- *Concomitancias*. En un tercer estadio, junto con examinar las posibles correlaciones entre la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica, principalmente, el libro se centra en mostrar cuáles son las consecuencias de su concomitancia parcial y total. Esto es realizado a través de un análisis: pobreza-corrupción, pobreza-inseguridad jurídica, corrupción-inseguridad jurídica y de la tríada en su conjunto.

En relación con el par pobreza-corrupción, junto a sugerir cierta correlación entre ambos fenómenos, explica cómo las personas en situación de pobreza son quienes más sufren los efectos de la corrupción. Así, se explicitan diversas situaciones en donde se plasman los efectos perversos de la concurrencia de la pobreza y la corrupción, entre los cuales destacan por afectar directamente a los menos favorecidos: (i) apropiación de sus recursos; (ii) vaciamiento de sus derechos fundamentales; (iii) recargas y desequilibrios impositivos; (iv) decepción con las instituciones y el sistema democrático; y (v) perpetuar los abusos, la exclusión y la opresión padecidas.

Según Malem, “el par pobreza-inseguridad jurídica resulta una combinación letal para el disfrute de una vida libre de temores, exenta de privaciones y plenamente digna” (p. 84). En consecuencia, las personas en situación de pobreza terminan siendo las más vulnerables ante: (i) la violencia generada por organizaciones criminales e inclusive las fuerzas de orden y seguridad pública; (ii) la perniciosa actuación de funcionarios públicos inescrupulosos que privan o dificultan el disfrute de sus derechos básicos; (iii) el imperativo de emigrar en búsqueda de posibilidades, pero sin los recursos para emprender dicho éxodo; y (iv) la mayor inseguridad radica en la posibilidad de conocer y comprender el derecho cuando no se han adquiridos las habilidades necesarias para ello, o bien, no se puede acceder a una adecuada asesoría. Por lo anterior, el saber a qué atenerse, lema de la seguridad jurídica, se convierte en una quimera.

A su vez, la actuación del dúo corrupción-seguridad jurídica es igualmente nociva que sus pares. Dentro de las principales consecuencia de su interacción se presenta: (i) una mayor inseguridad, porque los funcionarios públicos dejan de cumplir y de hacer cumplir las normas y el derecho deja de ser utilizado para la resolución de los conflictos; (ii) prácticas corruptas manifestadas en el pago a funcionarios para asegurar un negocio, obtener garantías, información privilegiada y acelerar gestiones,

⁵ Malem entiende por eficacia: “Una norma es ineficaz cuando no es obedecida y los órganos encargados de velar por su cumplimiento no aplican la sanción establecida”. MALEM, J., op. cit. p. 71

entre otras; (iii) estabilidad y seguridad únicamente para los empresarios y hombres de negocios dispuestos a corromper; y (iv) una vez generada una cultura de la corrupción, eximir a sus partícipes de un juicio de reproche y aceptarla como un instrumento más de la interacción social.

En este escenario resulta prácticamente evidente que la concomitancia de los tres elementos de la tríada produce un aumento exponencial de sus nocivos efectos. Sus alcances, interrelaciones y retroalimentación recíproca son difícilmente determinables, pero no por ello se convierten en fenómenos insalvables. Como enfatiza Malem, solo es posible superar dichas calamidades una vez se adquiere plena consciencia de que constituyen el producto de acciones individuales, colectivas e institucionales, en las cuales los miembros de una sociedad son quienes tienen el control sobre su realización y duración en el tiempo.

- *Intervenciones.* A partir de lo anterior, en un cuarto estadio, las propuestas de intervención están centradas en concienciar al lector de que efectivamente es posible realizar algo contra estos males que aquejan las sociedades iberoamericanas actuales, en la medida en que se admita la presencia de responsables en su surgimiento. Esto sin desconocer la relevancia del contexto en que estos fenómenos surgen, se desarrollan y retroalimentan, porque se debe actuar sobre sus bases contextuales. Así, para combatir la tríada se debe considerar, al menos, el sistema económico, político y social, la estructura institucional y las prácticas sociales vigentes, y a partir de ellas adoptar medidas y/o estrategias sistemáticas.

Si bien la magnitud de estos problemas puede resultar descorazonadora, como sostiene Malem, no se debe olvidar que en Iberoamérica día a día: “Hay personas que padecen la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica pero que no las causan, solo las sufren. Hay individuos, en cambio, que las provocan y que, normalmente, se benefician de ello” (p. 98).

3. Desigualdad

Si unos sufren la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica sin producirla, mientras otros las producen y se aprovechan de sus beneficios, sería adecuado preguntar ¿quiénes ganan y quiénes pierden con la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica?, y a partir de ahí sugerir que, como en un juego de suma cero, los beneficios que adquieren unos pocos son los que pierden muchos otros. Sin embargo, hoy en día es aún peor, porque se trata de un juego de suma negativa, en donde lo que pierde una gran parte de la sociedad es muchísimo mayor a lo obtenido por unos pocos.

Probablemente por sus nefastas consecuencias, desde la última crisis económica, ha obtenido mayor fuerza el análisis y los ataques a la actual distribución de los “atributos” del capital humano y económico. Diversas autoridades, personalidades y organismos están contestes en que la desigualdad ha aumentado de manera explosiva en los últimos treinta años. Por ejemplo, de acuerdo con el coeficiente de Gini, pese a los esfuerzos realizados en el último tiempo, las sociedades latinoamericanas continúan siendo de las más desiguales del planeta y países como España y Portugal han aumentado su coeficiente⁶.

⁶ BANCO MUNDIAL (2018), *Índices de Gini*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?view=map>, (fecha de consulta: 27 de enero de 2018).

El énfasis ha sido respecto de la desigualdad de oportunidades y la de resultado, porque se evalúa que los sistemas políticos y económicos han incrementado la desigualdad de resultado y disminuido la igualdad de oportunidades. La desigualdad de oportunidades es *ex ante* y se presenta cuando las circunstancias (determinantes fuera del control personal) juegan un papel relevante en el resultado final; mientras que, la de resultado es *ex post* y se constata cuando la estructura social de incentivos no es equilibrada. Entre otras razones, la importancia de su consideración conjunta está en que, como afirma Atkinson (2016, p. 27): “Los resultados *ex post* de hoy configuran las condiciones *ex ante* de la competencia de mañana. Los beneficiarios de la desigualdad de resultado de hoy pueden transmitir una ventaja injusta a sus hijos en el futuro. La preocupación por la oportunidad desigual y por la limitada movilidad social se ha intensificado a medida que las distribuciones de ingreso y riqueza han devenido más desiguales”.

La relevancia que ha adquirido la desigualdad en el contexto mundial actual exige su consideración y tratamiento más allá de alusiones tangenciales, pues más bien plantea el desafío de tratarla como un (el) factor clave en la producción y propagación de otras calamidades sociales, como son las presentadas por Jorge Malem. De esta manera, en las líneas que siguen, se presenta un breve bosquejo de por qué y cómo, en la actualidad, la desigualdad constituye la pieza clave en la lucha contra la “pobreza”, se ha convertido en una calamidad social cuyos nocivos efectos pueden ir más allá que los de casos “corrupción” e inclusive socavar sus presupuestos y, además, establecer una situación social en que la elite lucra con la “seguridad jurídica” establecida.

- *Pobreza*. El propio Malem reconoce cierta vinculación entre pobreza y desigualdad, son fenómenos independientes que se desarrollan en paralelo. La pobreza sería una medida absoluta de bienestar en conformidad a algún criterio (línea de pobreza, necesidades básicas insatisfechas o capacidad para disfrutar su libertad); mientras que la desigualdad es una medida relativa que considera toda la población mediante su comparación (individual, hogares, familias, etc). Sin embargo, con sus explicaciones y ejemplos, en definitiva, considera a los casos de desigualdad como uno de los efectos que tiene la pobreza en la vida de las personas y no de manera inversa como se propone en este trabajo.

Considerarlas como fenómenos independientes podría ser el correlato de una discusión económica sobre dónde poner el énfasis: si en erradicar la pobreza o en la distribución de los ingresos. No obstante, sin desconocer los grandes esfuerzos realizados y los logros obtenidos en la lucha contra la pobreza, iniciada hace varias décadas, resulta difícil obviar que aún sus niveles siguiendo siendo altos. Por lo cual, algunos autores y organismos internacionales sugieren observar las sociedades como un todo, de modo que, la erradicación de la pobreza no depende solo del crecimiento económico, sino más bien de medidas que contribuyen a atribuirle un carácter inclusivo y equitativo. Así, el “problema de la pobreza” debería comenzar a ser entendido como el “problema de la riqueza”, y el tratamiento de la desigualdad ser considerado como una (la) pieza clave para su erradicación, y no como fenómenos independientes que simplemente presentan un actuar paralelo⁷.

Malem no desarrolla, pero intuye que la desigualdad por sí misma genera y aumenta la pobreza. Esta idea la presenta al hablar del contexto latinoamericano de

⁷ ATKINSON, A., (2016 epub), op. cit. Un ejemplo de lo anterior se apreció la pasada década, cuando los salarios aumentaron mucho más despacio que la productividad; mientras que, los directores de las empresas obtuvieron un porcentaje mucho mayor de las rentas vinculadas a la compañía, ver STIGLITZ, J. (2015 epub), *El precio de la desigualdad. El 1 por ciento de la población tiene lo que el 99 por ciento necesita*, (trad. por Alejandro Pradera), Taurus, Barcelona.

los últimos años y sostener que el aumento de la diferencia de ingresos entre los más pobres y los más ricos muestra cómo los niveles de pobreza se pueden continuar reproduciendo si no se toman medidas. Efectivamente, la desigualdad es capaz de producir y aumentar ambas calamidades, la desigualdad se exagera y la pobreza se recrudece cuando por causa de una crisis económica derivada de la propia desigualdad, el desempleo aumenta y disminuyen los salarios, las prestaciones sociales y los servicios públicos. Según Galbraith (2016, p. 15), existe una estrecha relación entre la última crisis económica y la desigualdad de nuestras sociedades, porque: “el agresivo deseo de los actores que poseen efectivo suficiente para conceder préstamos en metálico a quienes no cuentan con tanta liquidez viene a estimular todavía más [las] urgencias y necesidades [de quienes tiene pocos recursos]”.

Los actuales diagnósticos sugieren que los niveles de pobreza más altos tienden a ir de la mano con participaciones más altas de los miembros más ricos de la sociedad y, lamentablemente, en las últimas décadas, el dinero obtenido por estos últimos no se ha invertido en la creación de trabajo o innovación, sino más bien en distorsionar las instituciones y favorecer la «búsqueda de rentas», para así perpetuar la desigualdad⁸. Por lo mismo, Malem acierta al considerar como mecanismos de identificación de la pobreza tanto el entramado de la estructura de derechos de la sociedad como el sistema de distribución de bienes y servicios, pero no entrega a la desigualdad el rol preponderante que presente en la creación, aumento y perpetuación de la pobreza.

- *Corrupción*. La desigualdad puede ser determinada de diversas maneras y con diferentes perspectivas. Por ejemplo, mediante la consideración de los ingresos (nivel mínimo de recursos), o bien del consumo (estándar de vida), puede ser medida de manera vertical (entre ricos y pobres) o de modo horizontal (entre los miembros de un grupo, v.gr., género, generación y étnicas, entre otros). Sin embargo, más allá del factor a considerar resulta difícil desmentir que la desigualdad de ingresos entre los países se ha reducido; mientras que, la desigualdad dentro de los países ha aumentado considerablemente.

Diversos autores están contestes en sugerir que una distribución desigual de los ingresos afecta profundamente la naturaleza de nuestra sociedad, por ejemplo, y principalmente, la cohesión social. Los más ricos no siempre utilizan sus ingresos para realizar actos de consumo, sino que se aprovechan del poder que la riqueza puede representar en diversos aspectos, v.gr., en la familia, la comunidad, los medios de comunicación y la política, entre otros aspectos⁹. Según Stiglitz (2015, p. 279), “las sociedades más igualitarias trabajan más para mantener su cohesión social; en las sociedades más desiguales, las políticas de gobierno y de las demás instituciones tienden a fomentar la perpetuación de la desigualdad. Esta pauta ha sido bien documentada”.

Al aprovecharse del poder producido por la riqueza, los acaudalados generan “el hierro de la oligarquía”, consistente en impedir cualquier intento de retirarlos del

⁸ STIGLITZ, JOSEPH (2015 epub), *El precio de la desigualdad. El 1 por ciento de la población tiene lo que el 99 por ciento necesita*, (trad. por Alejandro Pradera), Taurus, Barcelona. Las actividades de búsqueda de rentas consisten obtener ingresos sin creación de riqueza, sino a través de capturar los ingresos de otros, v.gr., (i) obtener activos estatales a un menor precio; (ii) vender productos al Estado a un precio mayor; (iii) prácticas monopólicas y/o colutorias; (iv) créditos usurarios, y (v) laxa regulación o su aplicación en materia de libre competencia, entre otras. En el fondo, en sus diversas manifestaciones, constituyen una lacra social que solo aumenta la desigualdad.

⁹ Véase, ATKINSON, A., (2016 epub), op. cit. y BANERJEE, ABHIJIT, Y ESTHER DUFLO (2012 epub), *Repensar la pobreza. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, (trad. por Francisco Javier Mato), Taurus, Madrid.

poder, mediante la utilización de las instituciones políticas para asegurar que las estructuras económicas aumenten su riqueza y así perpetuarse en el poder (Banerjee y Duflo, 2012). Por lo mismo, son sumamente iluminadoras las palabras de Atkinson (2016, p. 213) en relación con los altos niveles de desigualdad presentes en la actualidad: “Creo que en muchos casos el aumento en la desigualdad puede atribuirse directa e indirectamente a cambios en las relaciones de poder. Si esto es correcto, entonces las medidas para reducir la desigualdad pueden ser exitosas solo si se hace valer el contrapeso del poder”.

Lo anterior no desconoce que las motivaciones de las elites puedan ser sumamente complejas, al punto de que, en algunos casos, establezcan medidas beneficiosas para las personas en situación de pobreza, como muestran Banerjee y Duflo (2012). Más bien solo pretende destacar que, incluso cuando se beneficia a los más pobres, siempre se persigue obtener un beneficio para la propia elite y, por ende, convertir de una u otra manera al Estado de todos, en uno que trabaje en beneficio de unos pocos.

Contribuye a lo anterior, lo sostenido por Stiglitz (2015), cuando afirma que los países con mayor desigualdad económica suelen tener una mayor desigualdad política, sobre todo en niveles desmesurados, como los Estados Unidos en la actualidad. Sin embargo, si se comprara el coeficiente de Gini de Estados Unidos (41,1) con el de los países iberoamericanos, la correlación desigualdad económica y política puede resultar desastrosa. Durante el mismo periodo, con excepción de España (35,9) y Portugal (36), Estados Unidos está por debajo de todos los países y muy lejos de Colombia (53,5), Brasil (51,5), Paraguay (51,7), Honduras (50,6) y Chile (50,5). En relación con estos últimos datos, es importante destacar que las sociedades más desiguales del mundo tienen un coeficiente de Gini de 50 o más¹⁰.

Por lo mismo, en países en donde los ricos tienen tanto poder económico e influencia política resultará más difícil establecer medidas para contrarrestar la desigualdad, como son los impuestos progresivos que podrían contribuir a dicha finalidad. Por ende, un sistema político sensible a los intereses económicos produce una desigualdad económica que desequilibra el poder político y vicia la relación entre política y economía¹¹.

La desigualdad de ingresos produce el fracaso del sistema político y contribuye a la inestabilidad del sistema económico, lo cual genera mayor desigualdad. El precio de la desigualdad es un sistema económico más inestable e ineficiente, capaz de poner en riesgo los actuales sistemas políticos. Lo primero en razón de que una mayor desigualdad socava el crecimiento económico y reduce la eficiencia de los mercados, especialmente si deriva de la búsqueda de rentas; lo segundo en virtud de que captura las instituciones políticas y administrativas para los intereses económicos de unos pocos (Stiglitz, 2015).

Así, las instituciones de los países entran en una zona gris, la cual, sin constituir corrupción, puede inclusive ir mucho más allá que ella. Sus autoridades no realizan actividades ocultas que violan deberes institucionales para obtener un beneficio irregular ni menos sus comportamientos son vistos como una deslealtad hacia las normas. Al capturar las instituciones políticas y económicas, los adinerados comienzan a escribir y aplicar las reglas del juego económico y político. Como

¹⁰ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (2016), *Human development reports*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://hdr.undp.org/en/composite/IHDI> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2018).

¹¹ STIGLITZ, JOSEPH (2015 epub), *El precio de la desigualdad. El 1 por ciento de la población tiene lo que el 99 por ciento necesita*, (trad. por Alejandro Pradera), Taurus, Barcelona.

propone Stiglitz, las instituciones públicas de supervigilancia del mercado comienzan a estar dirigidas por personas afines con el empresariado o inclusive por sus propios líderes. Por ejemplo, en un país considerado con bajos niveles de corrupción como Chile, su actual presidente electo se ubica en el puesto 745 del conocido ranking Forbes de billonarios; mientras que, sus ministros de estado muestran una trayectoria laboral sumamente afín con la patronal, v.gr., el futuro Ministro de Desarrollo Social ha sido director de múltiples empresas, el de Economía ha integrado el directorio de diversas empresas, y el de Salud ha trabajado por más de treinta años como director de gestión médica en una de las principales clínicas privadas del país.

Así, si como sugiere Malem, solo participan de la corrupción quienes pueden pagar sus estipendios y aquellos que pueden ofrecer algún privilegio o imponer un castigo, las precondiciones de la corrupción pierden sentido cuando tanto los ingresos como los cargos públicos son detentados por el mismo conglomerado. Sobre todo, si este logra alinear todo bajo sus propios intereses, al punto de moldear las instituciones para su beneficio y perpetuarse en el poder.

- *Seguridad Jurídica*. Malem presenta algunos ejemplos donde muestra la inseguridad jurídica a través de la comparación de pobres y ricos frente al sistema jurídico. Para él, las personas en situación de pobreza no tienen los recursos para acceder a la justicia con medios técnicos idóneos que permitan garantizar su derecho de defensa. Por un lado, la desigualdad de armas en los estrados produce un disfrute desigual de la seguridad jurídica, lo cual socava la exigencia sustantiva del aspecto objetivo. Por otro lado, las cifras de analfabetismo absoluto y funcional existentes en ese sector de la población tornan ilusorio el aspecto objetivo estructural de la seguridad jurídica. Y también, el aspecto subjetivo resulta afectado si, a diferencia de los adinerados, las personas en situación de pobreza no pueden costear un experto que les haga asequible una eventual decisión de los órganos estatales.

Sin embargo, si los sistemas económicos funcionan dentro de marcos normativos e institucionales, las condiciones del mercado (crecimiento, distribución, riqueza, estabilidad, entre otros) pueden ser establecidas y aplicadas contribuyendo o no a aumentar los niveles de desigualdad. Por ejemplo, el mercado puede determinar cuánto pagar a un trabajador cualificado y a otro no cualificado, pero el nivel de cualificación adquirido por ellos depende en gran medida del entramado normativo e institucional propuesto por los Estados (Stiglitz, 2015). Por lo cual, en sociedades más igualitarias, donde el Estado efectivamente proporciona los bienes básicos, sus ciudadanos tendrán medios más idóneos para enfrenar el sistema jurídico y garantizar su derecho de defensa.

Inclusive, si se considera la viciada relación entre economía y política vinculada con las sociedades desiguales, es posible conjeturar que en estas, lamentablemente, podría haber mayores niveles de seguridad jurídica. Por una parte, el diagnóstico realizado por algunos economistas sugiere que los actuales niveles de desigualdad, entre otras razones, derivan de las políticas de desregulación de los mercados y la actividad económica, iniciadas en los años ochenta. Al menos en el terreno económico, al haber una mayor desregulación se disminuirían considerablemente los problemas derivados de la hipertrofia legislativa, la inadecuada técnica e inclusive la anomia boba. Por otra parte, una vez los acaudalados han captado las instituciones y los poderes públicos, difícilmente habrá grandes cambios en los criterios de aplicación del derecho. Es más, se podría añadir que una oligarquía pueda consolidar cierta estabilidad y uniformidad de las actuaciones estatales, únicamente pensando en su propio interés.

Aunque no se debe olvidar que, en la actualidad, la seguridad jurídica contiene un aspecto sustantivo vinculado con garantizar la dignidad de la persona, y sociedades altamente desiguales no podrían garantizar esto último. También, se debe considerar que una viciada alianza entre economía y política mina las sociedades democráticas actuales, produciendo su inestabilidad, de modo que, en sociedades desiguales igualmente resultan afectados, probablemente en mayor medida, los niveles de seguridad jurídica.

Así, tanto la construcción de sociedades igualitarias como desiguales necesitan de instituciones, pero pareciera que en el primer caso se necesita en mayor medida, dado los factores generalmente sugeridos como contribuyentes a disminuir la desigualdad, a saber: (i) una expansión del Estado de bienestar y la provisión social, principalmente, mediante transferencias de dinero e impuestos progresivos que frenen el aumento de la desigualdad de ingresos; (ii) una creciente participación en los salarios en los aumentos del ingreso total (país y/o empresarial), de modo que, tanto el ingreso de capital como salarial se distribuyen más igualitariamente; (iii) una reducción de la concentración de la riqueza personal; y (iv) una disminución en la dispersión de los ingresos mediante la intervención estatal (v.gr., salario mínimo) y la negociación colectiva de los sindicatos (Atkinson, 2016)¹².

En definitiva, aquello que resulta determinante para realizar un cambio en nuestras sociedades es que las instituciones de un país funcionen correctamente. Por lo mismo, diversos autores enfatizan el hecho de que, si bien la desigualdad parece algo inabordable, no debemos olvidar que su futuro aún está en nuestras manos. Por abrumadora que pueda ser la dimensión y el alcance de los problemas, se debe pensar en ellos como problemas concretos y específicos que, una vez identificados y comprendidos, pueden tener soluciones igualmente concretas y específicas. Esto no solo a través del diseño de nuevas y grandes instituciones, en donde se consideren los motivos y restricciones de las personas involucradas y sus destinatarios, sino también mediante el aprovechamiento del marco institucional actual, v.gr., con un mayor control ciudadano y mejores políticas gubernamentales. Al igual que la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica, la desigualdad no es inevitable, pues constituye el producto de un conjunto de decisiones políticas, económicas y sociales (Atkinson, 2014; Banerjee y Duflo, 2012; Stiglitz, 2015).

4. Conclusiones

El libro de Jorge Malem trata con rigurosidad tres calamidades de nuestras sociedades de manera individual y conjunta, con la pretensión de mostrar sus nefastas consecuencias y subrayar que constituyen fenómenos sociales respecto de los cuáles aún es posible hacer algo. En diversas líneas el libro alude a la desigualdad y, en ocasiones, parece otorgarle el papel que este trabajo sugiere, pero rápidamente este se diluye y el texto vuelve a tratarla como una consecuencia más de la pobreza, la corrupción y/o la inseguridad jurídica. Por ende, no se considera como un factor clave en la generación y el desarrollo de la citada triada y otras calamidades sociales igualmente nocivas.

Por lo mismo, y dado su impacto en el día a día de quienes las padecen, en ningún caso, la sugerencia del presente comentario es abandonar la lucha contra la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica, sino más bien cambiar la perspectiva desde la cual se realiza su presentación y análisis. En el primer caso, que el problema de la pobreza comience a ser entendido como el problema de la riqueza; en el

¹² Propuesta de factores elaborada a partir de la experiencia de diversos países después de la Segunda Guerra Mundial.

segundo, que la preocupación por la corrupción no haga perder la atención en fenómenos sociales cuyos efectos son iguales o peores, pero cuya realización se lleva a cabo dentro del entramado institucional; y en el tercer caso, que el énfasis puesto en la seguridad jurídica, no diluya la existencia de casos en que ella se establece únicamente para el provecho de unos pocos. Todo en razón del papel preponderante que ha adquirido la desigualdad en nuestras sociedades tanto en la discusión académica como en la vida de millones de personas.

En definitiva, parece ser que las diferencias entre el último libro de Malem y el presente comentario no son tan radicales como se pudiera pensar. Al menos, junto con reconocer la magnitud de las calamidades que afectan nuestras sociedades, ambos sugieren que aún es posible hacer algo respecto de ellas, porque constituyen el producto de un conjunto de malas decisiones individuales, conjuntas y sobre todo institucionales. Por lo cual, la discrepancia se encuentra en cuál es la perspectiva más adecuada para afrontarlas y no en proponer una exigencia de combatir las.

5. Bibliografía

- ATKINSON, A. (2016 epub), *Desigualdad ¿Qué podemos hacer?*, (trad. por Ignacio Perrotini), Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México.
- BANCO MUNDIAL (2018), *Índices de Gini*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?view=map>, (fecha de consulta: 27 de enero de 2018).
- BANERJEE, A. y DUFLO, E. (2012 epub), *Repensar la pobreza. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, (trad. por Francisco Javier Mato), Taurus, Madrid
- GALBRAITH, J. (2016 epub), *Desigualdad y desequilibrio. La economía mundial antes de la crisis*, (trad. Tomás Fernández y Beatriz Eguibar), RBA Libros S.A., Barcelona.
- MALEM, J. (2017), *Pobreza, corrupción e [in]seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- NACIONES UNIDAS (2015), *Objetivos de desarrollo sostenible*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>, (fecha de consulta: 15 de febrero de 2018)
- STIGLITZ, J. (2015 epub), *El precio de la desigualdad. El 1 por ciento de la población tiene lo que el 99 por ciento necesita*, (trad. por Alejandro Pradera), Taurus, Barcelona
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (2016), *Human development reports*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://hdr.undp.org/en/composite/IHDI> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2018).

Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica.

Jorge F. Malem Seña

(2017) Marcial Pons, Madrid. 144 pp.

Hugo Seleme

CONICET (Argentina)

Universidad Nacional de Córdoba

hugoseleme@conicet.gov.ar

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4176>

El lado oscuro de la corrupción

1. Introducción

Cuando un académico prestigioso publica un nuevo libro, es un motivo de alegría para todos los que disfrutamos y aprendemos con la lectura. Bastaría ese motivo para festejar la aparición del último trabajo de Jorge Malem, *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica* (Marcial Pons, 2017). Él forma parte del reducido grupo de académicos que ha logrado que el abordaje riguroso de temas teóricos complejos no lo aleje de los problemas acuciantes que nos circundan. Mientras muchos ven a la actividad académica como la excusa perfecta para recluirse en torres de marfil que se elevan por sobre los problemas mundanos que azotan a sus conciudadanos y a ellos mismos, el profesor Malem ve a la reflexión teórica como inextricablemente vinculada con los problemas de urgencia práctica. Así lo atestiguan los dos ejes temáticos alrededor de los cuales ha articulado su inmensa producción académica: los problemas de ética legal – especialmente los vinculados al rol de los abogados y jueces -; y los vinculados con la corrupción.

Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica se articula en torno al segundo de estos ejes temáticos. Es la continuación de una intensa labor académica que se cristalizó en dos libros – *Globalización, Comercio Internacional y Corrupción* (Gedisa, 2000) y *La Corrupción. Aspectos Éticos, Económicos, Políticos y Jurídicos* (Gedisa, 2002) – que desde su publicación se han vuelto lectura ineludible para cualquiera que quiera adentrarse en los complejos laberintos conceptuales y normativos vinculados con la corrupción, y que han hecho de su autor un referente indiscutible en la materia. *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica* lleva un paso más allá esta preocupación por hacer de la corrupción un objeto de estudio: muestra las interrelaciones recíprocas que la vinculan con otras dos calamidades omnipresentes en nuestro entorno social. Ubica a la corrupción en una tríada que se completa con la pobreza y la inseguridad jurídica en sus otros dos vértices.

No sólo desde el punto de vista temático es *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, la continuación armónica de las obras previas de Jorge Malem. También desde el punto de vista metodológico se entronca de manera natural con los trabajos que lo han precedido y le sirven de fundamento. El profesor Malem por formación – en la Universidad Nacional de Córdoba – y pertenencia académica – en la Universitat

Pompeu Fabra – se incluye en la variante analítica de filosofía del derecho. Sus escritos continúan una línea de trabajo cuyo origen puede rastrearse hasta Ernesto Garzón Valdés – otro insigne filósofo del derecho argentino – y que toma como una de sus premisas fundantes la exigencia de claridad conceptual. Ningún programa de investigación puede ser exitoso si de manera previa no han sido delimitados los contornos conceptuales de los términos que involucra. Consecuente con este postulado, el libro conjuga el análisis destinado a establecer el modo adecuado de conceptualizar a la pobreza, la corrupción y la (in)seguridad jurídica, con la reflexión normativa que identifica las razones que vuelven a estas calamidades moralmente objetables, y la reflexión empírica que aspira a encontrar los mecanismos a través de los cuales cada uno de estos fenómenos incide en la producción de los restantes.

En lo que sigue, y como no podía ser de otro modo, me gustaría sólo abordar uno de los aspectos conceptuales que toca el libro para mostrar sus posibles repercusiones a nivel normativo y práctico. Esto ayudará a entender el modo en el que *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica* entrelaza los problemas conceptuales con los normativos, a la vez que hace de una de sus tesis centrales objeto de discusión y debate. Pienso que el mejor modo de honrar un libro con el que uno en general está de acuerdo, es hacerlo objeto de reflexión y examen crítico. La tarea académica es una empresa conjunta donde los que nos precedieron con su esfuerzo y enormes contribuciones teóricas nos permiten, si es que tenemos éxito, hacer a lo sumo contribuciones modestas. Aquí va la mía.

2. El Concepto de Corrupción

El profesor Malem ofrece un concepto de corrupción que es deudor de otro elaborado por Ernesto Garzón Valdés. En su exposición este concepto presente cinco notas constitutivas. Señala, al respecto:

“Habrá corrupción si, en primer lugar, la intención de los corruptos es obtener un beneficio irregular, no permitido por las instituciones en las cuales se participa o se presta servicio. No importa que ese beneficio sea económico, puede ser político, social, sexual. Y tampoco es necesario que ese beneficio se obtenga de modo inmediato... En segundo lugar, la pretensión de conseguir alguna ventaja en la corrupción se manifiesta a través de la violación de un deber institucional por parte de los corruptos... Por esa razón, la corrupción siempre es parasitaria de la violación de alguna regla, según un marco normativo de referencia. En ese sentido, en tercer lugar, debe haber una relación causal entre la violación del deber que se imputa y la expectativa de obtener un beneficio irregular. En cuarto lugar, la corrupción se muestra como una deslealtad hacia la regla violada, la institución a la cual se pertenece o en la que se presta servicio. Por este motivo la corrupción de los políticos es tan nociva en una democracia, ya que constituye una muestra inequívoca de su deslealtad hacia el sistema democrático. La conciencia de esta deslealtad hace que, en quinto lugar, los actos de corrupción tiendan a ocultarse, esto es, se cometan en secreto, o al menos en un marco de discreción...” (Malem, 2017 p. 43)

En la versión primigenia de Garzón Valdés la presentación era más frugal pero el contenido central era exactamente el mismo:

“La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que

superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado.” (Garzón Valdés, 2003, p. 30-31)

Algo que parece divergente en ambos conceptos es que el de Garzón Valdés, a diferencia del empleado por Malem, parece estar focalizado en el soborno y la extorsión. Sin embargo, esta divergencia es sólo aparente y la falta de simetría se diluye si uno deja la definición ofrecida por Malem y avanza en la lectura del capítulo. Allí la focalización en el soborno y la extorsión vuelve a estar presente. Al respecto, inmediatamente después de haber ofrecido su concepto genérico, señala: “Ahora bien, existe una amplísima tipología de corrupción. No pasaré revista a todas ellas, pero sí me interesa mostrar la diferencia entre el soborno y la extorsión.” (Malem, 2017. p.43)

Creo que esta focalización en el soborno y la extorsión es producida por dos características que posee el concepto de corrupción elaborado por Ernesto Garzón Valdés y adoptado por Jorge Malem. De acuerdo con este concepto, en primer lugar, para que exista corrupción tienen que existir dos polos. En uno se ubica el decisor o funcionario que vulnera un deber posicional, y en el otro quien ofrece el soborno o sufre la extorsión. El concepto de corrupción es en este sentido, bipolar o participativo.

En segundo lugar, la corrupción necesariamente se encuentra motivada en la búsqueda por parte del decisor de beneficios extraposicionales provenientes del otro polo de la relación, esto es de quien ofrece el soborno o sufre la extorsión. En este respecto el concepto es maximalista: el fin del acto debe ser obtener, por parte del decisor, un beneficio que sea diferente y se agregue a los adheridos al cargo que ocupa. Estos beneficios pueden consistir en obtener una ganancia o evitar una pérdida.

Creo que estas dos características del concepto empleado de corrupción son especialmente nocivas cuando se lo utiliza para analizar la corrupción política. En él encajan a la perfección los actos de funcionarios sobornados para adoptar decisiones que favorecen a ciertos individuos, por ejemplo a algún grupo empresario, o los actos de extorsión a cambio de brindar algún servicio o dar una concesión. En todos estos supuestos hay dos polos, y el funcionario persigue obtener beneficios personales que exceden el salario y los honores adheridos al cargo que ocupa.

Sin embargo, creo que estos actos de corrupción son políticos sólo en un sentido superficial. Lo son simplemente por el hecho de que el decisor es un magistrado o un funcionario, esto es alguien que ocupa, para hablar genéricamente, un rol en las instituciones políticas. El funcionario se vale del cargo que desempeña y del poder del que dispone, para obtener beneficios extraposicionales de carácter personal. En lo que sigue intentaré mostrar que algunos actos de corrupción que son políticos en un sentido más profundo y no sólo circunstancialmente, quedan invisibilizados cuando el soborno y la extorsión para obtener beneficios se convierten en los tipos paradigmáticos.

Si el problema de la corrupción política quedase reducido al soborno o a la extorsión, como parece seguirse del concepto empleado, difícilmente podría ser la causa de los males endémicos que padece Latinoamérica, del cual el más grave y visible, como acertadamente señala Jorge Malem, es la desigualdad y la pobreza. En lo que sigue intentaré mostrar cuáles son los tipos de corrupción política que cada uno de los elementos del enfoque dominante permite invisibilizar.

3. La Corrupción Invisible

Cada uno de los dos elementos del concepto de corrupción empleado en *Pobreza, desigualdad, (in)seguridad jurídica* – su carácter participativo o bipolar y maximalista – provoca que algún tipo de corrupción política pase desapercibido. El primer defecto de este enfoque viene determinado por su presuposición de que todo acto de corrupción persigue la obtención de beneficios extraposicionales por parte del decisor. Este carácter maximalista del concepto determina que un político movido por un sentido perverso de la justicia – que atestigua la corrupción de su inteligencia – o por un vicio de carácter – síntoma de la corrupción de su voluntad – no pueda ser catalogado como corrupto. Al no estar motivado por la obtención personal de ningún beneficio extraposicional, su conducta no puede ser catalogada como corrupta si uno adopta el concepto de corrupción utilizado en el texto.

Así, si un funcionario implementa políticas que agrandan la brecha de desigualdad movido por su convicción espuria de que la desigualdad es una consecuencia inevitable de la libertad, su acción es corrupta. Lo corrompido aquí es su sentido de la justicia, y es éste, no la búsqueda de beneficios extraposicionales, lo que motiva su acción. El mismo juicio de corrupción estaría justificado si sus motivos para actuar no tuviesen que ver con una concepción indecente de justicia sino directamente con un vicio moral como el odio de clase o racial. Sin embargo, para el enfoque dominante en ambos supuestos no existirían actos de corrupción política porque en ninguno de los dos casos el decisor busca obtener beneficios personales extraposicionales.

Un problema adicional, vinculado con la presuposición de búsqueda de un beneficio personal extraposicional por el decisor corrompido, es que no permite identificar los actos de corrupción que sólo tienen por objeto mantener los beneficios posicionales de los que goza. Específicamente, el enfoque dominante no permite sostener que un político que incumple sus deberes posicionales movido simplemente por el afán de mantener su cargo, y los beneficios posicionales que trae aparejados como el salario y el prestigio, se ha comportado de manera corrupta. Aunque ha incumplido sus deberes posicionales – que pueden ser aquí de índole jurídica o moral – no persigue la obtención de ningún beneficio extraposicional, sino simplemente el mantenimiento de los beneficios posicionales y, como consecuencia, su conducta no puede ser catalogada como corrupta por el enfoque tradicional.

Si modificamos ligeramente el ejemplo anterior podemos obtener un supuesto semejante al descrito. Supongamos que un funcionario cree que lo moralmente requerido es implementar políticas que distribuyan la propiedad de los medios de producción, incluidos los medios de producción de información. Imaginemos, adicionalmente, que se abstiene de presentar cualquier iniciativa legislativa que tienda a acabar con las empresas monopólicas propietarias de conglomerados de medios de comunicación, por temor a que éstas inicien una campaña en su contra que le lleve a perder el cargo. Pocos diríamos que este político no se encuentra corrompido por el afán de permanecer en el cargo a costa de incumplir sus deberes posicionales, aun si lo único que lo motiva es no perder los beneficios posicionales que trae aparejado el cargo. Sin embargo, aunque decir que no es corrupto se nos presenta como contraintuitivo, esta es la conclusión que se sigue si uno adopta el enfoque adoptado en *Pobreza, desigualdad, (in)seguridad jurídica*.

Los dos problemas recién señalados, vinculados con la presuposición del enfoque adoptado en el texto según el cual los actos de corrupción son motivados por la búsqueda de beneficios extraposicionales por parte del decisor, pueden ser sintetizados de la siguiente manera. En primer lugar, el concepto empleado de

corrupción no permite explicar los casos de corrupción política en los que el decisor no busca ningún beneficio. El político que incumple sus deberes posicionales movido por su sentido corrompido de la justicia o por el odio o el resentimiento, es un político corrupto. En segundo lugar, no permite explicar los casos de corrupción en los que el decisor simplemente busca mantener los beneficios posicionales de los que disfruta. Nuevamente, quien incumple sus deberes posicionales movido sólo por el afán de conservar su cargo o posición, también es un político corrupto.

El segundo defecto del concepto se vincula con el carácter bipolar o participativo del concepto que utiliza. Según este enfoque, en todo acto de corrupción debe existir un decisor que incumple sus deberes posicionales y alguien que ofrece a cambio, o de quien se requiere, la concesión de beneficios. Esto impide identificar como corrupto al político que, violando su deber posicional, decide beneficiarse espuriamente a sí mismo de manera directa, a través de las políticas públicas que implementa. Al no existir dos polos – el que ofrece el soborno o soporta el costo de la extorsión y decisor corrupto – el caso no puede ser capturado por el enfoque tradicional. Lo mismo sucede con el supuesto análogo en que el político incumple sus deberes posicionales por un intento de congraciarse con un grupo o clase, sin que haya existido por parte de ellos ningún intento por sobornar o corromper. En ambos supuestos, al no existir dos polos en la relación, la misma no puede ser vista como un caso de corrupción por el enfoque tradicional.

Para graficar el primer supuesto, imaginemos un presidente que decide condonar una deuda que él mismo mantiene con el Estado. Incumple su deber posicional de defender los intereses de la comunidad, y lo hace con el afán de obtener beneficios extraposicionales representados por el monto de la deuda que evitará pagar, pero no existe ningún otro polo en la relación. Cuando los beneficios extraposicionales son obtenidos por el decisor de manera directa, como una consecuencia de las políticas y decisiones que adopta, la necesidad de que estos beneficios fluyan de otro agente – a través del soborno o la extorsión – se vuelve irrelevante.

En el segundo supuesto, es necesaria la presencia de otro agente, pero no hace falta ni su conducta, ni su intención, ni siquiera su conocimiento. Para ver esta segunda alternativa imaginemos un político que adopta medidas que benefician indebidamente a un grupo social – por ejemplo, al sector agroexportador – con el que desea congraciarse. Supongamos, adicionalmente que los terratenientes no han requerido la concesión de estos beneficios inmerecidos, no tiene la intención de requerirlos, ni conocimiento de lo que ha sucedido. Nuevamente, pocos diríamos que el incumplimiento de los deberes posicionales por parte del decisor no es un caso de corrupción. Sin embargo, que el corrompido haya actuado con la esperanza de una recompensa futura que nunca fue ofrecida por otro agente, determina que el enfoque tradicional no pueda ver aquí un caso de corrupción.

En síntesis, el carácter bipolar y maximalista del concepto de corrupción utilizado en *Pobreza, desigualdad, (in)seguridad jurídica* invisibiliza cuatro casos de corrupción:

1. No permite identificar como casos de corrupción la implementación de políticas públicas motivadas por un concepto pervertido de justicia, o por algún vicio de carácter. El político que no necesita de ningún incentivo adicional para hacer el mal sino que lo hace por convicción, paradójicamente, no puede ser identificado como corrupto.

2. No puede identificar como casos de corrupción aquellos donde el político incumple sus deberes posicionales simplemente con el afán de permanecer en el cargo y mantener de este modo sus beneficios posicionales.

3. No puede identificar como casos de corrupción aquellos donde el político adopta medidas, incumpliendo sus deberes posicionales, que le benefician a él mismo.

4. No puede identificar como casos de corrupción aquellos caracterizados por la adopción de medidas políticas que benefician indebidamente a terceros con el objeto de congraciarse, sin que medie ninguna acción por parte de estos.

4. Invisible y Real

Uno podría pensar que estos casos son marginales y que el hecho de que no puedan ser visualizados como casos de corrupción política es un problema menor. Lamentablemente la situación es la opuesta. Los problemas que tiene Latinoamérica se explican en gran medida por algunos de estos tipos de corrupción que permanecen invisibilizados detrás de los casos de soborno y extorsión.

La desigualdad que caracteriza a nuestro continente ha sido producida por la implementación de un esquema institucional que distribuye los recursos y las oportunidades de manera moralmente arbitraria e injusta. Los sistemas de enseñanza pública pauperizados, la mala calidad de los servicios públicos de salud, la falta de acceso a la vivienda, la distribución inequitativa de la propiedad de la tierra con la generación de inmensos latifundios, son partes de las razones de nuestra decadencia. Argentina es un triste ejemplo en todos estos rubros. Así, como ejemplo de latifundio puede citarse las 900.000 hectáreas que Luciano Benetton posee en la Patagonia a través de su empresa Compañías de Tierras Sud Argentino S.A., adquiridas en los años noventa.

En el caso argentino el problema de los latifundios en manos de empresas extranjeras buscó ser solucionado con la denominada Ley de Tierras sancionada en diciembre del 2011. La ley establecía un tope de 1.000 hectáreas por propietario extranjero, sea este una persona física o jurídica. Adicionalmente, fijaba un límite del 15% al total de tierras rurales que podían estar en manos foráneas. Por último, establecía que se consideraba a una persona jurídica extranjera si el 25% del capital se encontraba en manos foráneas. El presidente Mauricio Macri ni bien asumido declaró su intención de modificar la ley y sus topes, haciéndola más benigna con la venta de tierras a extranjeros. A través del decreto 820/16 elevó el porcentaje de capital que deben estar en manos extranjeras para que la persona jurídica sea considerada foránea del 25%, fijado en la ley, al 51%. Señaló su intención de revisar el límite del 15% al total de tierras rurales que pueden estar en manos extranjeras y estableció que no existe ninguna restricción para la adquisición de tierras que no estén en la “zona rural” por parte de extranjeros.

En muchos supuestos, aunque no en todos, las políticas que han corrompido el esquema institucional, haciéndolo un instrumento de acumulación e injusticia distributiva, han sido implementadas por convicción y no por motivaciones espurias como el soborno o la extorsión. Una camada de políticos influidos por concepciones corrompidas de justicia que entienden la libertad como mera ausencia de interferencia, despreocupados por la igualdad de oportunidades reales, defensores a ultranza del mercado, han sido los ejecutores de estas políticas. Se trata de ejemplos patentes del primer tipo de corrupción invisibilizada donde la implementación de políticas corruptas no ha sido motivada por la búsqueda de alguna recompensa,

porque quienes las implementaron no necesitaban incentivos adicionales para corromper el entramado institucional.

En otros supuestos, estas políticas han sido implementadas o sus consecuencias no han sido revertidas, por el afán de los políticos de acceder o permanecer en el cargo. Argentina, es también aquí un ejemplo lamentable. El oligopolio de los medios de comunicación creado por la concesión de papel prensa al grupo Clarín por la dictadura militar que se extendió desde 1976 a 1983, y la distorsión que esto ha generado en el sistema político, no ha sido enfrentada por casi ningún gobierno. Tal como muestra el segundo caso de corrupción invisibilizada, la aspiración de muchos políticos serviles al conglomerado multi-media no ha sido la obtención de beneficios extrapositionales sino simplemente la aspiración más modesta de no ser desplazados de sus cargos por alguna operación de prensa.

El conglomerado multimedia del grupo Clarín, creado bajo al calor de las prebendas obtenidas de la dictadura militar y de los sucesivos gobiernos, encontró un freno en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual dictada por el parlamento argentino en el año 2009. La normativa establecía límites al número de licencias que podía tener una persona física o jurídica y fijaba un tope del 35% del total nacional de habitantes o abonados a los que una persona o empresa podía alcanzar con sus servicios. La ley fue modificada tan pronto como asumió la presidencia Mauricio Macri, que había sido apoyado intensamente en su campaña electoral por el grupo Clarín. En el año 2016, a través de un decreto del poder ejecutivo, disolvió el órgano de aplicación de la ley – la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual – quitó el tope de cobertura del 35%, flexibilizó la transferencias de licencias y elevó el número máximo de licencias que pueden adquirirse. El decreto, finalmente, derogó el art. 48 de la ley sobre “prácticas de concentración indebida” que establecía facultades para verificar la existencia de vínculos societarios que exhibieran procesos de integración vertical y horizontal de actividades ligadas o no a la comunicación social.

El tercer caso de corrupción invisibilizado ha tenido también en Latinoamérica un rol preponderante. Cuando las elites prebendarias que viven del Estado copan el aparato estatal, tal como ha sucedido paradigmáticamente en nuestros países, no necesitan del soborno o la extorsión para corromperse. Ahora pueden moldear ellas mismas el sistema institucional para adjudicarse beneficios indebidos. Nuevamente Argentina ha sido aquí un caso paradigmático. Los beneficios que la clase agroexportadora se adjudicó a si misma cuando gozó del control del aparato estatal en la última parte del siglo XIX son un ejemplo de este tipo de corrupción. La liberalización del comercio internacional, piedra angular de la política económica implementada, benefició enormemente a quienes podían vender sus granos en los mercados extranjeros y perjudicó a las pequeñas industrias manufactureras.

Un caso más cercano en el tiempo, y también más grotesco, fue el intento del presidente Mauricio Macri de perdonar la deuda que el mismo grupo Macri tiene como concesionario del correo con el Estado argentino. La condonación de deuda alcanzaba la suma de setenta mil millones de pesos. Sólo la indignación pública y la reacción de la fiscalía ha podido impedir por el momento que la estafa se concrete. La fiscal de la Cámara Comercial, Gabriela Boquín, calificó el acuerdo que el gobierno de Macri pretendía hacer con el grupo Macri de "abusivo y perjudicial" para el Estado ya que implicaba una quita del 98,2% de la deuda que mantiene con el Estado argentino.

El cuarto caso de corrupción que es invisibilizado, aquel en el que el político busca congraciarse con los que tienen poder económico aun sin necesidad de que

estos actúen para presionarlo o sobornarlo, también ha tenido una amplia incidencia en Latinoamérica. En nuestra política existen reglas no escritas que establecen que ciertas familias o grupos empresarios no pueden ser tocados, si uno quiere permanecer en el poder. Esto explica porque países donde, por ejemplo, la propiedad de la tierra está distribuida de modo completamente inmoral e injusto, no han hecho ni el más mínimo intento de reforma agraria.

5. Conclusión

Para terminar me gustaría situar las observaciones críticas que he formulado. Los casos invisibilizados por el concepto de corrupción utilizado en el texto, como no podía ser de otro modo, no han pasado desapercibidos frente a la mirada de Jorge Malem. Su sensibilidad moral y agudeza para entender la realidad afortunadamente lo han impedido. Sin embargo, y aquí reside el punto de crítica, creo que el concepto de corrupción empleado en el texto no permite capturarlos como ejemplos paradigmáticos del fenómeno que se quiere analizar.

Creo que el problema se agudiza debido a lo extendido de este enfoque centrado en el soborno y la extorsión. La implementación de políticas públicas corruptas – que distribuye las cargas y beneficios sociales de manera arbitraria – motivada por un sentido corrompido de la justicia, debería ser vista como el caso paradigmático de corrupción política. Sin embargo, la exposición reiterada de algunos casos de soborno y extorsión en los medios masivos de comunicación da la impresión de que la corrupción se está combatiendo y focaliza la atención en los casos de corrupción que tienen carácter político meramente por el hecho contingente de que quien los ha llevado adelante es un funcionario público.

Esto ha llevado a que la discusión política sobre la corrupción del propio esquema de instituciones públicas, que promueve la desigualdad, quede obturada. El debate político acerca de cómo deberíamos diseñar las instituciones públicas ha sido reemplazado por el debate acerca de quién ha sobornado o extorsionado a quién. Aparece la sensación de que si el soborno y la extorsión desapareciesen, entonces el mal de la pobreza y la desigualdad endémica que caracteriza a nuestro continente se remediaría. Y, finalmente, la virtud de la honestidad individual reemplaza a las virtudes políticas.

Mientras el aparato estatal se encuentre en manos de elites predatorias – que se conceden a sí mismas beneficios indebidos – o carentes de sensibilidad moral – asumiendo e implementando concepciones indecentes del orden social, o movilizadas por el odio y el resentimiento – seguiremos padeciendo la más política de las corrupciones. Una especie de corrupción que no es política sólo de manera contingente, por la calidad del decisor, sino porque corrompe el propio entramado institucional volviéndolo un instrumento de explotación e injusticia.

El mismo resultado nos espera si como pueblos seguimos generando políticos temerosos de cumplir con sus deberes por miedo a perder sus cargos. Para curarse de esta especie de corrupción la mera honestidad no basta. Hace falta una virtud más exigente, hoy casi olvidada: se requiere valentía. Mientras no tengamos políticos con el valor de hacer lo que se debe, aun a costa de sufrir campañas de desprestigio, este tipo de corrupción seguirá siendo un flagelo.

Idéntico será el resultado si nuestros gobernantes son meros servidores obsecuentes de quienes detentan el poder económico, siempre deseosos de congraciarse con ellos sin que estos tengan siquiera que molestarse ya en solicitar que incumplan sus deberes posicionales para agrandar sus privilegios. El remedio de

esta especie de corrupción es, nuevamente, algo más que la mera honestidad. La cura de la obsecuencia es la fortaleza para sostener la insumisión.

Pensar que los casos paradigmáticos de corrupción política son la extorsión y el soborno es semejante a “colar el mosquito y tragarse el camello”. Gracias a esta visión distorsionada, la política en Latinoamérica se ha plagado de gobiernos farisaicos que mientras nos muestran los “mosquitos” que han atrapado – y los pasean por los medios de comunicación que todos los días alimentan a la población – esconden los “camellos” que nos hacen tragar.

El esfuerzo llevado adelante en *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, para poner de manifiesto el modo en que las cuestiones conceptuales se entrelazan e inciden sobre las normativas y prácticas despeja el camino para poder advertir el problema y su solución: si corregimos el aparato conceptual que ha contribuido a este enfoque distorsionado focalizado en el soborno y la extorsión, habremos dado el primer paso para solucionar el problema normativo y práctico que implica enfrentar un enemigo hasta ahora invisibilizado.

Bibliografía

- GARZÓN VALDÉS, E.. (2003), “Acerca del concepto de corrupción”, en CARBONELL y VÁZQUEZ (coords.), *Poder, Derecho y corrupción*, México, Siglo XXI.
- MALEM, J. (2017) *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

Respuestas a Sebastián Agüero y a Hugo Seleme*

Jorge F. Malem Seña
Universidad Pompeu Fabra
jorge.malem@upf.edu

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4177>

Cuando dos inteligentes y perspicaces colegas y amigos como lo son Sebastián Agüero San Juan y Hugo O. Seleme poseen el buen ánimo para la discusión del libro que nos ocupa, una gran honestidad intelectual para llevarla a cabo y entregan generosamente su tiempo para hacerlo, uno se siente halagado y, a la vez, sorprendido de que ese trabajo haya merecido su atención. Y de inmediato se siente preocupado y vivamente comprometido con la grata obligación de tener que ofrecer una respuesta tentativa, aunque sea breve y en algunos puntos, tal vez, con un dejo dogmático por razón del tiempo exigido para su publicación y del espacio con que se cuenta. Soy consciente, además, que la labor académica es una labor colectiva y desinteresada, donde el debate juega un papel central y cuyos frutos se observan casi siempre a mediano o largo plazo. Contribuir modestamente a esa tarea colectiva, continuar el diálogo, en mi caso torpemente, y agradecer a mis discutiadores amigos, es lo que me compele a escribir estas líneas y no el deseo de defender numantamente mi posición. Ambos contradictores saben de mi afecto, mi reconocimiento y mi gratitud hacia ellos, y no solo por sus comentarios a mi libro.

Una primera línea de crítica esbozada por ambos afecta a cuestiones conceptuales y de perspectiva del análisis realizado. En mi defensa diré que, como es sabido, las definiciones y las precisiones conceptuales como las por mí formuladas en *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica* nunca son verdaderas o falsas. De ellas pueden predicarse, en cambio, su adecuación o no al objetivo planteado, su utilidad o inutilidad para el análisis pretendido, etcétera.

Hugo Seleme sostiene que la definición que propongo de corrupción no solo es inútil sino también inadecuada porque contribuye a ocultar o tornar invisibles casos claros de corrupción que una concepción más amplia denotaría con exactitud. Sebastián Agüero, por su parte, me achaca que la tríada escogida para mi análisis, pobreza, corrupción e inseguridad jurídica, pierde eficacia argumentativa y yerra en los diagnósticos y en las soluciones porque no se ha tenido suficientemente en cuenta un aspecto clave que atraviesa toda Iberoamérica: la desigualdad. Trataré de referirme brevemente a ambas observaciones.

Veamos esto con un poco más de detenimiento. Cuando se formula un concepto se corre el riesgo de cometer dos errores: el de la sobre inclusión y el de la infra inclusión. Con el primero, se denota más estados de cosas de los que corresponde, es adecuado o necesario. Con el segundo, a la inversa, se denota

* Agradezco a José María Saucá Cano, director de *Eunomia. Revista de Cultura de la Legalidad*, haber sugerido con generosidad y empeño un debate sobre mi trabajo *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons 2017. A él mi más sincero reconocimiento.

menos estados de cosas de lo que corresponde, es adecuado o necesario. Hugo Seleme afirma tajantemente que la definición que asumo tiene el defecto de ser infra inclusiva. Es más, señala que deja fuera de su significado casos típicos de corrupción en América Latina, lo que contribuye a volverlos invisibles y, por lo tanto, a no ser merecedores de reproche alguno.

Estos casos típicos de corrupción que en su opinión quedarían excluidos por mi definición serían, de acuerdo con una enumeración no exhaustiva que ofrece, los siguientes. Cuando incumpliendo sus deberes posicionales un gobernante implementa políticas públicas motivadas por una idea perversa de la justicia o algún vicio de su carácter o los incumple con el objeto de permanecer en el cargo y mantener así sus propios privilegios. También merecería ser llamado corrupto el gobernante que, incumpliendo sus deberes posicionales, adopta políticas que lo benefician o benefician indebidamente a terceros sin que medie acción por parte de estos últimos.

Ambos estamos de acuerdo en que para que haya corrupción es necesario que el agente que interviene viole alguno de los deberes institucionales que le rigen y, por lo tanto, viola alguna norma de un sistema de referencia. Esto también lo sostiene Ernesto Garzón Valdés, criticado asimismo por Hugo Seleme. Pero aquí acaba, creo, el acuerdo. En mi definición, agrego otros elementos al ya señalado, como es que, en la corrupción, el corrupto persigue la obtención de una ventaja no permitida por el sistema y que hay una relación de causalidad entre el incumplimiento de su deber y la pretensión de obtener ese beneficio para sí o para terceros. Que los actos de corrupción se lleven a cabo en un contexto de discreción surge de que violación de un deber se muestra como una deslealtad hacia la norma violada y, por ese motivo, tiende a ocultarse. Que el acto de corrupción constituya un ilícito penal es una cuestión empírica.

En mi análisis me centro luego en dos formas típicas de corrupción: el soborno y la extorsión. En ambos casos, corruptor y corrompido están identificados y aquí sí funciona el *quid pro quo*, el intercambio de contraprestaciones. Esto es criticado duramente por Hugo Seleme. A este aspecto atribuye la causa de que infra incluya casos muy graves de corrupción.

No he sostenido que esa clasificación, entre soborno y extorsión, sea exhaustiva y excluyente. Solo he prestado atención a ella por ser la que, a mi juicio, en contra de lo sostenido por Seleme, es la que presenta los casos más usuales. Si lo que mi contradictor quiere decir es que hay casos de corrupción que se perfeccionan mediante la acción de un único agente, tiene razón. La figura jurídico penal de la apropiación indebida, por ejemplo, da cuenta de ello. Si un político o gobernante se apropia indebidamente de dinero o de valores, se corrompe. Incluso podría decirse que tal como está redactado el tipo del cohecho, la acción venal se perfecciona con la mera solicitud de una dádiva sin que tenga que intervenir pasiva o activamente un tercero, solo bastaría su presencia¹. Si es esto lo que Hugo Seleme

¹ La apropiación indebida, según el artículo 253 del Código Penal español:

1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

El cohecho, según el artículo 419:

1. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o

quiere decir estaría plenamente de acuerdo. Pero no creo que las críticas de Seleme se encaminen por ese sendero. Y lo digo por los casos que sugiere.

Hugo Seleme está pensando que la idea adecuada de corrupción no requiere necesariamente el *quid pro quo*, ya que en algunos casos como los señalados basta con la presencia de un solo agente, ni tampoco necesita que el corrupto tenga la pretensión de obtener un beneficio no permitido por las instituciones a la cuales presta servicio. Para que se perfeccione la corrupción sería suficiente, en algunas situaciones, que el supuesto corrupto viole deberes institucionales que le corresponden y que esto conduzca a una decisión materialmente injusta, aunque el agente no persiga beneficio alguno. Si actúa movido por odio, resentimiento o simplemente por error también sería corrupto. E igualmente lo sería si es un débil de la voluntad o padece algún vicio en su carácter.

Aquí Seleme extiende de tal manera el significado de corrupción que lo asimila prácticamente al de injusticia o a la inmoralidad, bajo la condición de que sea provocada por la violación de un deber posicional del agente. Esta asimilación tal vez se ve favorecida por algunos de los sentidos que, en el lenguaje ordinario, se usa como correlato de corrupción. Tales como putrefacción, envilecimiento, desintegración². Si se me acusaba por defecto ahora puedo acusar por exceso. La sobre inclusión de casos que esto genera es manifiesta. Una cosa es ser inmoral, la otra es ser corrupto.

Un político homófobo es inmoral, y si viola los deberes de su cargo de perseguir la igualdad, pudiéndolo hacer, también comete ilicitudes, administrativas o penales, pero difícilmente se puede calificar como corrupto. Y lo mismo sucede cuando se padecen problemas debidos a ciertas características personales. Se puede decir que el ex presidente argentino Fernando de la Rúa tuviera problemas de salud o que fuera débil de la voluntad. Se puede decir, además, que tomó decisiones que condujeron a la mayor crisis producida en su país en la historia reciente, pero dudo que alguien pueda catalogarlo como corrupto por esa razón. No toda injusticia provocada por el incumplimiento de deberes posicionales puede ser asimilada a la corrupción.

Hay muchos agentes públicos y privados, que por cuestiones personales incumplen con sus deberes y no son acreedores, por ese motivo, a ser tildados como corruptos. El ex presidente argentino Rodríguez Saá, quien ocupó dicho cargo durante siete días, decretó la suspensión de pagos de la deuda externa con los acreedores privados en 2001 y luego se refugió en su casa, en su provincia, San Luis, negándose a regresar a Buenos Aires a la Casa de Gobierno y a continuar en el cargo hasta su renuncia. Todos apuntan a ataques de pánico, entre otras cuestiones. ¿Es por ese motivo un corrupto? Repito, por ese motivo, lo dudo. Pero tal vez Seleme lo incluya en esa categoría. Y no advierto ningún beneficio teórico o práctico en hacerlo.

Otros ejemplos que mi concepción de la corrupción haría invisible por excluidos, según Seleme, pueden ser denotados sin mayores inconvenientes por ella. Tal es el caso de un político que violando los deberes posicionales se beneficia a sí mismo o a personas de su entorno. Trujillo en República Dominicana o Anastasio Somoza en Nicaragua pueden señalarse como casos paradigmáticos.

promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de...

² Son todas acepciones que el Diccionario de la Real Academia ofrece del vocablo corrupción.

Surgen más reticencias, en cambio, en catalogar como corruptos a quienes ocupando un cargo pretenden perpetuarse en él para mantener sus privilegios o persiguen beneficiar a un sector de la población, o perpetuar la desigualdad social. Estos casos podrían ser tachados de inmorales o injustos, pero, en mi opinión, no toda inmoralidad política es corrupta. El defecto de la sobre inclusión, aquí, parece manifiesto.

En una democracia, por otra parte, la lucha por conseguir el poder político, ejercerlo y conservarlo admite una cierta parcialidad. Cuál es el porcentaje admisible que un capital extranjero puede adquirir en la propiedad de una empresa, rural o urbana, en un mundo globalizado, forma parte de lo políticamente argumentable. La mayoría de los votos, a través del gobierno constituido, se expresa precisamente en este tipo de decisiones. Incluso si ese porcentaje produce injusticias, su determinación será éticamente inaceptable, pero no corrupta.

Las reglas que regulan la democracia permiten una cierta parcialidad y permiten el conflicto, la negociación y hasta la imposición entre partes que representan a ciudadanos. Una corrupción será política si efectivamente viola esas reglas o es cometida por políticos en el ejercicio irregular de su cargo, no si es “única o exclusivamente” inmoral³. No estoy seguro de que esta afirmación forme parte de una visión superficial de la corrupción política que opaca, como se me atribuye, una corrupción más profunda. Las reglas del juego político excluyen, en cambio, la expectativa de obtener un beneficio irregular, para sí o para otros, que forma parte efectivamente del núcleo duro de la idea de corrupción.

Las críticas de Sebastián Agüero se dirigen a señalar que la desigualdad permea las tres calamidades por mí reseñadas en el texto de referencia. Y que haberla omitido en mi análisis me conduce necesariamente a un error de concepción y, sobre todo, a un error en el diagnóstico y en los remedios sugeridos para su superación.

Efectivamente, coincido con Agüero y también con Seleme en que la desigualdad es una calamidad que afecta sin piedad a los iberoamericanos, y que también colorea otras zonas del planeta. Y asimismo acuerdo con ellos que una mala teoría conduce a una mala práctica. La pregunta aquí es si haber analizado solo tangencialmente la desigualdad en mi escrito supone una mala teoría.

La desigualdad y la pobreza son fenómenos independientes. Entre la persona más rica de la lista Forbes y el último multimillonario por ella señalado hay desigualdad, pero no hay pobreza. Y una de las críticas que se formula a la definición de pobreza basada en la línea de ingreso es precisamente que no permite detectar la desigualdad en la pobreza. Elegí hacer un análisis triádico y no con cuatro vértices porque la independencia entre ellos me lo permitía. Precisamente porque son independientes es que se puede establecer diferentes relaciones entre los elementos analizados.

No obstante, he intentado mostrar, acepto que de soslayo, que existe una especie de circularidad causal entre pobreza y desigualdad. Al hablar de las “trampas de la pobreza” manifesté que los pobres, dejados a su suerte, sin la intervención del Estado, tienden a perpetuarse y a reproducirse. En una sociedad heterogénea esto supone la consolidación de la desigualdad.

³ Por oposición también a la corrupción privada.

Esta existente desigualdad, a su vez, impide la igualdad de oportunidades y provoca una desigualdad en los resultados. En ese esquema la desigualdad también tiende a perpetuarse. Estoy en completa sintonía con Sebastián Agüero en este punto. Y también comparto con él y con Seleme que un aumento de la riqueza no necesariamente disminuye la desigualdad, y creo que no en todos los casos palía la pobreza.

Sebastián Agüero observa que cuando las élites económicas capturan el Estado no necesitan del instrumento de la corrupción para alcanzar sus objetivos, a diferencia de Seleme que en ello ve la corrupción a un nivel más profundo. Hacerse con el gobierno supone disponer de todos los recursos legales para obtener beneficios sin consideración a prácticas ilícitas algunas.

El corolario sería que un Estado gobernado por ricos debería ser, en definitiva, un Estado no corrupto. No creo que esto sea lo sostenido, sin embargo, por Agüero. En primer lugar, porque existe la suficiente evidencia empírica de que élites gobernantes muy ricas son muy corruptas. Y, en segundo lugar, porque las élites no siempre conforman un todo homogéneo y armonioso. Y puede ser que una facción necesite, en un momento dado, la artimaña de la corrupción para conseguir objetivos de otro modo más costosos o inalcanzables. En ese sentido, puede darse la corrupción horizontal entre iguales o situados en un mismo nivel o estrato social. No es necesaria la desigualdad vertical, aunque sí que los involucrados dispongan de la posibilidad de comprar o de vender contraprestaciones corruptas.

La pobreza en una situación de desigualdad afecta a la seguridad jurídica. Acuerdo con Agüero. Quienes se encuentran en las escalas sociales más bajas necesariamente soportarán niveles de injusticia inadmisibles respecto de todos los ámbitos de la vida. En estos contextos, la vida en democracia, libre de temores y digna, se vuelve una quimera.

Sea que establezcamos relaciones entre la pobreza, la corrupción y la inseguridad jurídica o agreguemos a ellas la desigualdad social, a los involucrados en este debate nos interesa saber qué medidas son conducentes a la erradicación de estas calamidades que tanto nos afectan.

Lo primero que habría que admitir es que conforman un todo sistémico y que como tal no valen medidas aisladas, alejadas de una visión del conjunto. Para Estados como los iberoamericanos empezar con la lucha contra la corrupción y a favor de la seguridad jurídica puede ser un comienzo esperanzador. Ninguna política pública es eficaz con los altísimos niveles de corrupción reinantes en esa zona geográfica.

Debo aceptar dos consideraciones cautelares. La primera: en ocasiones, se invoca una supuesta lucha contra la corrupción para ocultar otros problemas económicos, políticos y sociales igualmente acuciantes. Otras veces, se aduce cuestiones de diversa índole para tapar casos de corrupción. Para luchar contra la corrupción se requiere no solo honestidad, es necesario valentía y determinación. La segunda: la seguridad jurídica se disfruta en grados diversos, según los distintos actores sociales. En el régimen de los Duvalier en Haití, las grandes empresas transnacionales, especialmente estadounidenses, disfrutaban de una relativa seguridad jurídica entendida en sentido objetivo y subjetivo, mientras que esto no existía para el grueso de la población. La democracia nos exige que la seguridad jurídica esté a disposición de todos los ciudadanos por igual. Tiene aquí razón Sebastián Agüero al subrayar la importancia de la desigualdad.

Sin luchar contra la corrupción tal vez no sea posible acabar con la pobreza. Los corruptos no son reformadores, ni revolucionarios. Les interesa mantener el *status quo* para continuar gozando de sus irregulares privilegios. Y si la pobreza forma parte de ese contexto venal no tendrán incentivos para enfrentarse a ella. Hay que eliminar la pobreza cuanto antes. Los efectos que tiene sobre nuestras vidas son incontables y permanentes. La pobreza nos define como individuos y como sociedad.

Y, por cierto, hay que garantizar niveles de igualdad, que no de igualación, que permitan el disfrute de los derechos más básicos y que contribuyan a que todos gocen de una vida digna. Para todo ello no parece que exista una alternativa a la vigencia de un Estado de derecho.

La administración pública del futuro (horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la Información.

Carles Ramió
(2017) Tecnos
Madrid, 241 pp.

Cecilia Güemes
Universidad Carlos III de Madrid/GIGAPP
cecilia.guemes@gigapp.org

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4178>

¿Por qué y para qué un libro que reflexiona sobre el futuro de la Administración Pública en tiempos donde Google o Amazon parecen dominar el juego en un escenario de 4ª revolución industrial, hiper-personalización de los productos y servificación de la economía¹, y el Estado tiene un rol cuanto menos rezagado y/o anecdótico en la era de lo global? La respuesta a ello, ya la daban los clásicos de la sociología. Para empezar, porque pese a los pronósticos que desde hace más de un siglo auguran su pérdida de sentido y posterior desaparición, la burocracia sigue siendo relevante e inevitablemente necesaria en la gestión de lo social, como bien destacara Weber². Para seguir, porque necesitamos un actor capaz de coordinar la conducta colectiva, moralizar las reglas del juego y garantizar los derechos civiles, políticos y sociales creados y organizados por el Estado frente actores externos inescrupulosos e individuos que velan por su propio interés, nos agregaría Durkheim³.

Asumida esta premisa, el libro de Carles Ramió aporta claves sobre cómo reformar y a la vez resignificar una Administración Pública catatónica, que ha perdido capacidad de respuesta y busca sobrevivir en un contexto de crisis de Estado, donde

¹ Juan Pedro Moreno, "Una economía digital que revolucionará la industria", El País, Cinco días, 21 de septiembre de 2017 Disponible en:

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/09/20/companias/1505925329_715905.html?id_externo_rs_oc=TW_CC

² "¿Quién tendría que ser entonces el que se hiciera cargo de esta nueva economía y tomara su mando?" se preguntaba Max Weber en 1918 (*El socialismo*) advirtiendo cómo el futuro comunismo vería desplazada la dictadura del proletariado por la del funcionariado. La desaparición del Estado estaba lejos de hacerse realidad.

³ Si el origen histórico del Estado estuvo orientado hacia fuera, ahora la actividad interna que lo reclama no es económica ni mercantil si no moral. Durkheim, E. (2003), *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del derecho y otros escritos sobre el individualismo, los intelectuales y la democracia*, Miño y Dávila editores, Buenos Aires.

el neoliberalismo, la gobernanza vacía, y la tecnocracia se disputan la gestión de los derechos ciudadanos.

El trabajo tiene claramente dos partes, a nuestro entender. La primera, es un análisis de las variables independientes o causas exógenas que afectan a la Administración Pública. Allí se dialoga con investigaciones provenientes de otros campos científicos como la economía, la sociología y la psicología, y se describe y detalla: el impacto de los cambios tecnológicos, los condicionamientos que delinea el postcapitalismo, la globalización y la internacionalización de los flujos comerciales (pp. 33 y 53), el creciente poder de Oriente sobre Occidente, la sensación de absoluta incertidumbre e inseguridad a la que se enfrentan los ciudadanos en su día a día, los retos globales que impondrá el crecimiento demográfico (p.38), el cambio climático derivado, la tensión entre el relato mágico del populismo y de la demagogia de cara a un déficit de liderazgo político (p. 47) y las brutales desigualdades sociales que se van imponiendo (p. 67).

Estos factores externos se articulan negativamente con factores endógenos a la propia Administración Pública (p. 91). En primer lugar, está la omnipresente crisis del Estado Nación que puede sobrevivir agónicamente bajo el principio de legalidad pero le cuesta lograrlo de forma democrática sin recurrir a los chamanes y las lógicas demagógicas en un contexto de dificultosa supervivencia fiscal -especialmente si se tiene en cuenta el gasto en pensiones y sanidad que aumenta exponencialmente - (pp. 117, 172). Por un lado, se vislumbra un Estado Nación que intenta coordinarse con otros Estados y formar macro-regiones para atender cuestiones como el cambio climático, los paraísos fiscales o el terrorismo, a la vez que disciplinar a los poderes fácticos monopólicos. Por el otro, las ciudades se vislumbran como los actores históricos de la época revitalizando la democracia en tanto recrean ágoras y asumen una conexión des-intermediada con el ciudadano, aunque el peligro de la fragmentación es real y el temor de volver a regímenes feudales de ciudades Estados que compiten entre sí, inquietante (pp.18, 35). En segundo lugar, está la corrupción, reto mundial que solo puede ser inoculado mediante nuevas instituciones pero también apelando al desarrollo de valores públicos en pos del desarrollo de la cultura cívica (pp. 220). En tercer término, el modelo burocrático-meritocrático, formación geológica marcada por sistema de pliegues y fallas que hacen que domine un tipo híbrido donde el clientelismo y el patronazgo (modelo premoderno) resurgen recurrentemente, a la vez que los modelos gerenciales desmantelan los valores públicos.

Así, en tiempos de “capitalismo voraz con matices moralistas” donde se conjuga el imperio de lógicas monopólicas, con una economía colaborativa bicéfala – en la que una de sus cabezas busca volver al trueque y apunta a la gratuidad, mientras la otra arrasa con los mercados sin respetar ninguna regla de forma depredadora y sin escrúpulos (pp. 69 y 209)–, las debilitadas administraciones tratan de anticipar las demandas políticas de “ciudadanos cultos universales” bajo un “tsunami de crispación, sensación de inseguridad y temor social (p. 74)”.

Imaginar cómo puede y cómo debería ser la Administración pública a largo plazo, abre para el autor tres escenarios: uno reactivo, donde se pierde y cede la dirección de la gobernanza a los actores privados; otro proactivo, donde la inversión en conocimiento e inteligencia institucional permite llevar las riendas⁴; y un último

⁴ Estas posturas casan bastante con el trabajo de Linda Weiss (2003) *States in the global economy. Bringing domestic institutions back*, in Cambridge University Press, el cual, contradiciendo a quienes sugerían una dilución del poder y un vaciamiento o ahucamiento (*hollowing out*) del Estado y sus capacidades frente al macro poder que ganaban otros actores (discurso muy funcional con la *strait-jacket* neoliberal), ofrecía un cuadro más realista de los procesos actuales e introducía una nueva mirada

ofensivo, donde el miedo de los ciudadanos y la colisión con intereses de las empresas conduce a una recuperación protagónica del poder por parte del Estado.

Si el escenario más realista es el segundo, y a lo que hay que apuntar es a ser proactivo y llevar las riendas, la pregunta que se impone es: ¿cómo?, o en otras palabras: ¿qué debe hacerse para que administraciones públicas que se comportan como conejos y deambulan a un ritmo de caracol, cuando no de cangrejo (con importantes regresiones) o se inmovilizan como el mejillón, puedan seguirle el ritmo a los gatos (empresas), las ardillas (cooperativas y organizaciones sin ánimo de lucro) y los tigres (multinacionales) (pp. 21 y 198)?

La segunda parte del trabajo se centra en aportar claves para responder a dicha pregunta partiendo de la premisa de que la innovación en la Administración Pública no es un oxímoron propio de Borges sino justo lo contrario⁵. Por ello, bajo el denominado modelo buroempresarial, el autor analiza críticamente el estado actual de la burocracia a la vez que introduce luces donde poner la atención para el desarrollo de la inteligencia e innovación. La propuesta esbozada es una mezcla ordenada del modelo burocrático y el modelo gerencial pero con valores públicos, donde se empresarializa la mayor parte de la Administración Pública para ganar flexibilidad, pero bajo una transparencia controlada socialmente y un control público del modelo -basado en la jerarquía- con amplia capacidad para rendir cuentas (pp. 144 y 149). Todo aquel que haya renegado de la Nueva Gestión Pública y, por lo tanto, se sienta horrorizado ante la palabra empresarialización de la Administración, no debe temer y está obligado a leer los capítulos 4, 6 y 7 con especial atención. Lejos de asistirse a un remake de la Nueva Gestión Pública y planteamientos neoliberales se discute críticamente, con claridad y conocimiento de causa, una reforma de la institución pública capaz de revitalizarla, darle agilidad, inteligencia y relevancia bajo valores públicos y siempre al alero de la justicia social y la equidad como referentes.

En términos operativos, bajo este modelo se buscaría:

- a) la máxima flexibilidad en la gestión y dirección, a fin de ser permeables a la innovación y el aprendizaje (“no pueden alcanzarse estándares de cocina creativa del tipo restaurantes el Bullí trabajando bajo protocolos propios de McDonalds”, pp. 145);
- b) aportar la seguridad jurídica e institucional que la sociedad requiere, (“buena parte de la administración pública que opera proveyendo servicios públicos sí debe operar como un McDonalds si quiere garantizar el mismo trato y tipo de servicio y calidad a todos los ciudadanos”, pp. 146);
- c) flexibilizar los sistemas de contratación y compras para lograr máxima economía y eficiencia pero aprovechando los sistemas de gestión digital y de control *ex ante*, durante y *ex post*, (pp.148);
- d) mantener una selección y dirección pública profesional basada en la meritocracia, especialmente en todos aquellos espacios administrativos que guardan relación con el valor institucional como son los sistemas de justicia, organismos de control, actuación policial, etc., donde se mantenga un sistema disciplinario efectivo (pp. 153-154).

respecto a los efectos de la globalización, descubriendo una nueva cara “posibilitante” (*enabling side*), destacando el significativo margen de maniobra con el que aún cuentan los Estados.

⁵ La innovación en el último siglo ha estado guiada y dirigida por el Estado, sirva como ejemplo la industria aeronáutica, de las computadoras, de los semiconductores o de la batería de litio. La historia ha demostrado que cuando los riesgos son demasiado grandes, los resultados inciertos o comercialmente poco viables, las empresas privadas dudan en arriesgar el dinero para financiar innovación y son los gobiernos quienes apuestan. Aunque usted no lo crea, la innovación pública ocurre la mayor parte del tiempo. Ken Boxer, (2014) “At the crossroads of public service and innovation” Govloop. Disponible en: <https://www.govloop.com/community/blog/at-the-crossroads-of-public-service-and-innovation/>

El autor imagina que la administración pública del futuro va a poseer menos empleados públicos que la actual; se mantendrán los cargos de gestión pero el personal de apoyo irá desapareciendo en tanto aporta menor valor añadido a la par que surgirán nuevos perfiles profesionales como los gestores de información, capaces de buscar y tratar la información crítica, sistematizarla y anticipar problemas (pp. 157). Con mucha lógica y sin miedo a represarías, el autor afirma que no tiene mucho sentido que el mercado público retribuya mejor que el privado en los puestos operativos e instrumentales, que son los que aportan menor valor agregado, y retribuya por debajo del privado a los puestos más elevados que son los que aportan más valor público e inteligencia institucional, pues esto nos aboca a la desprofesionalización y nos hace permeables a la corrupción (pp. 177-178). Por tanto, se hace necesario suprimir privilegios laborales, eliminar las rigideces garantistas (exigiéndose a los empleados públicos la misma disciplina y nivel de rendimiento de los empleados privados) y apostar por adquirir mayor información e inteligencia institucional (pp. 179). Asimismo, y sumado al aprovechamiento de información y gestión inteligente, se necesita regular los servicios universales de interés general, definiendo claramente cuáles son los servicios de interés general (agua, electricidad, salud, educación, transportes, pensiones, sistema bancario, etc.) y mejorando los mecanismos de control de la gestión privada de todos ellos, lo que incluye la creación de agencias especializadas en gestión de la externalización (pp. 196).

Por último, el libro concluye con una propuesta de diseño organizativo muy atractiva a la par que provocadora donde la organización se articula entre:

- unidades centrales de carácter político y de inteligencia, formada por los nuevos funcionarios públicos de origen político pero con conocimientos sobre gestión pública, valores públicos e inteligencia estratégica y los directivos públicos profesionales;
- parques logísticos de servicios públicos, parecidos a parques industriales o ciudades corporativas o campus universitarios, donde se organicen por sectores de políticas y servicios públicos agencias públicas independientes;
- cuatro tipos instituciones públicas: órganos de carácter político y de participación, centros educativos, centros sanitarios y comisarías con efectivos policiales (pp. 231-233).

La idea es fragmentar a pequeña escala la política e integrar en economías de escala la gestión de las políticas y de los servicios; si la imagen de futuro será una red de barcos autónomos le va a corresponder a la Administración Pública articular estos barcos y dirigirlos como una flotilla (pp. 234 y 241).

Ahora bien, todo este cambio organizativo debe responder a una agenda de nuevos valores que va más allá de clamar por la innovación o la equidad social e incluye valores como: la sostenibilidad, la salud, la vigilancia ante la corrupción, la transparencia y rendición de cuentas (no solo para las Administraciones públicas sino también para las empresas), el fomento del aprendizaje, la coherencia política, la igualdad de género, la sostenibilidad intergeneracional, el *big data*, la regulación equilibrada, la identidad digna o la privacidad personal (pp. 224).

Antes de cerrar esta reseña enumerando las virtudes del texto y del autor, me gustaría abrir un paréntesis sobre dos de los problemas endógenos a los que refiere el autor: los dilemas fiscales a los que se enfrentan los Estados y el reto universal de la corrupción. Sobre el primer asunto, se analiza cómo las pensiones y gastos sanitarios asociados a la mayor expectativa de vida incrementarán la necesidad de recursos (pp.172). La increíble novela de José Saramago, *Las intermitencias de la muerte* (2005), se me viene en seguida a la cabeza y no me resisto a mencionarla. La montaña rusa de emociones que atraviesa ese pueblo donde la gente deja de morir

me resulta increíblemente sagaz y realista: de la euforia colectiva inicial, se pasa a la desesperación y el caos, a un gobierno desconcertado ante los retos financieros, demográficos y organizativos que dicho hecho supone, y a los arreglos mafiosos. El desarrollo nos enfrenta a complejas cuestiones y saca a relucir nuestras hipocresías, como el autor en todo momento con sutileza va deslizándose. Por otro lado, festejo la lucidez de Carles al enfocar el problema fiscal: no se trata sólo de saber cómo y por dónde recortar (cansados estamos de tanto tijeretazo) sino de mejorar la recaudación, y ello nos conduce a luchar contra la evasión fiscal. Sobre este asunto se reclama con urgencia un incremento de inspectores de hacienda y el aprovechamiento de las nuevas tecnologías para garantizar un control en tiempo real de las actuaciones públicas y privadas (pp. 180). Pero no se trata solo de invertir mayores recursos (humanos y tecnológicos) a nivel nacional, sino también de lograr acuerdos transnacionales destinados a eliminar paraísos fiscales y trampas vinculadas a la elusión fiscal. Para sumar a la panoplia de instrumentos citados, las políticas conductuales y las *nudges* prometen ser un mecanismo interesante en lo que refiere a la conducta fiscal y la lucha contra la evasión. Una investigación actual e interesante sobre este asunto se está llevando a cabo en la Universidad Autónoma de Barcelona por el equipo coordinado por José Antonio Noguera y deberíamos estar atentos a tus resultados y avances⁶.

Sobre el tema de la corrupción, frente a los fútiles lamentos sobre la incorregible cultura latina, resulta muy atinado que el autor recuerde que no hay nacionales mejores ni peores, la diferencia entre sus comportamientos reside en la calidad de sus instituciones públicas y su potencial para arrinconar más o menos la tendencia natural al clientelismo y a la corrupción (pp. 223). Este tratamiento sobre la corrupción seguramente puede enriquecerse también con los hallazgos y replanteamientos derivados de enfoques experimentales. Por un lado, están los trabajos de Dan Ariely (2012 y 2014)⁷ sobre la deshonestidad, donde se llega a la conclusión de que independientemente de nuestra cultura y a nivel de psicología individual, deseamos cometer actos deshonestos sin sentirnos deshonestos; ahora bien, cuando percibimos que nuestro grupo de pertenencia se comporta de modos deshonestos, sentimos legitimado nuestro comportamiento y avanzamos en esa línea. Los recordatorios morales y la vigilancia y castigo inmediato, incluso ante pequeñas faltas son las mejores soluciones al respecto. Por otro lado, el Banco Mundial (2015:61-62)⁸ propone la lucha contra la corrupción desde el entendido de que esta es una norma social y es la conducta esperada en ciertos escenarios y no un comportamiento anómalo, atípico o desviado. Las expectativas sociales y moldes mentales vinculados por ejemplo a la idea de lealtad o caballerosidad (*kinship*) y las presiones sociales que existen en una comunidad para ajustar el comportamiento (con el correlativo temor a ser un *outsider*) perpetúan la corrupción y la convierten en parte del "pensamiento automático" o lo esperable. De modo que, una contramedida efectiva debe ser capaz de crear nuevas situaciones donde los actores deban pensar deliberativamente sobre el comportamiento adecuado y reactivar principios morales sobre lo justo y deseable. Las instituciones importan, pero también entender la psicología de los agentes y la norma social imperante.

⁶ 2016-2019: "Políticas públicas conductuales: aplicaciones a la lucha contra la pobreza, la fiscalidad y la salud alimentaria", Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO), R&D&I National Program, Ref.: CSO2015-64740-R. <http://gsadi.uab.cat/index.php/research/funded-research-projects>

⁷ Dan Ariely (2012), *Por qué mentimos...en especial a nosotros mismos*, Ariel, Barcelona; y (2014), *Las trampas del deseo. Como controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error*, Ariel, Barcelona.

⁸ World Bank, (2015), World Development Report 2015: Mind Society and Behavior. Disponible en: <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/WDR-2015-Full-Report.pdf>.

En resumidas cuentas, ¿por qué usted debería leer este libro? Para empezar, porque el libro es relevante, interesante y arriesgado, útil para políticos y gestores profesionales, y provocador para académicos. Manteniendo las ambiciones de los clásicos de las ciencias sociales, busca dar una respuesta comprometida a partir de un relato general e integrado a una pregunta tan vieja como actual: ¿qué rol compete al Estado y cómo deberían adaptarse sus estructuras para ser capaz de asumir dicho rol? Y para eso no puede sino recuperar y poner sobre la mesa las inquietantes transformaciones económicas, sociales y políticas, del mismo modo que el bueno de Schumpeter arrancó su trabajo seminal aludiendo al Marx profeta, sociólogo, economista y maestro, no porque el socialismo fuera su tema principal de investigación, sino porque para delinear su propuesta resultaba inevitable discutir con el resurgimiento de las grandes teorías.

Para seguir, porque el trabajo es un análisis que mira hacia adelante, a un futuro incierto pero a la vuelta de la esquina y la futurología es tan necesaria y urgente que en algunas latitudes ya tienen instituciones ministeriales (conducidas por mujeres) abocadas a ello⁹.

Por último, pero no menos importante, el texto tiene la virtud de abordar los temas e interrogantes en un lenguaje lúcido, claro y divulgativo a partir de una investigación desinhibida y con la ironía y sarcasmo que caracterizan a su autor. Por todo ello, la obra es una lectura obligada para quienes busquen huir de las inquietantes distopías de *Black Mirror*, así como de las ciber-utopías propias de quienes predicán el poder liberador de internet o de los afectos al solucionismo tecnológico (Morozov, 2012 y 2014)¹⁰.

Bibliografía

- ARIELY, D. (2012), *Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos*, Ariel, Barcelona;
- ARIELY, D. (2014), *Las trampas del deseo. Como controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error*, Ariel, Barcelona.
- DURKHEIM, E. (2003), *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del derecho y otros escritos sobre el individualismo, los intelectuales y la democracia*, Miño y Dávila editores, Buenos Aires.
- MOROZOV, E. (2012), *The Net Delusion: The Dark Side of Internet Freedom*, Public Affairs, New York.
- MOROZOV, E. (2014), *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*, Public Affairs, New York.
- WEISS, L. (2003) *States in the global economy. Bringing domestic institutions back*, Cambridge University Press, Cambridge.

⁹ Mission: The Future. Sweden Government. <http://www.government.se/government-of-sweden/prime-ministers-office/mission-the-future/>

¹⁰ Morozov (2012), *The Net Delusion: The Dark Side of Internet Freedom*, Public Affairs; y (2014) *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*, Public Affairs.

Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada.

Abraham Castro Moreno, Pilar Otero González (Dir.) y Ana M^a Garrocho Salcedo (Coord.)
(2017) Dykinson
Madrid, 274 pp.

Alejandro Coteño Muñoz
Universidad Carlos III de Madrid
alejandrocoteno@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4179>

La monografía que aquí se comenta, se articula como continuación de la publicada por los mismos directores en 2016, bajo el abrigo de la editorial Dykinson, con el nombre *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción pública y privada*. En ella, se analiza el fenómeno de la corrupción de manera global, tanto en la vertiente preventiva como en la punitiva. Es por ello que, toda vez que las líneas generales ya han sido postuladas, la presente obra se centra en diferentes aspectos concretos de este fenómeno a los cuales posteriormente se hará referencia.

Si bien los ocho artículos que forman la monografía estudian temas muy diferentes entre sí, de todos ellos se extrae la conclusión de que, aunque es necesario implementar ciertas modificaciones al Código Penal, como afirma Otero González (p. 249), “sobran reformas y falta efectividad de las que están en vigor”. En este sentido, todos los autores abogan por la promoción de la prevención y por la implementación de una cultura de cumplimiento normativo que complemente y aumente la efectividad de las normas penales en este ámbito.

Al tratar temas muy específicos, la obra no presenta un hilo común conductor. No obstante y sin seguir el orden de la monografía, las materias que se analizan se pueden dividir en tres unidades: una primera sección relativa a la corrupción urbanística, donde se pueden ubicar los capítulos 3 y 4; una segunda sección referente al análisis de fenómenos concretos, tales como el indulto o el blanqueo de capitales, donde se incluyen los capítulos 1, 2, 5 y 6; y finalmente una última, integrada por los capítulos 7 y 8, donde se analizan los ordenamientos penales noruego e italiano en relación con la corrupción.

En primer lugar, dentro del bloque relativo a la corrupción urbanística, en el Capítulo 3, se encuentra el artículo denominado *El Derecho penal como medio de prevención y sanción de la corrupción urbanística*, obra de Carmona Barber. En este se realiza un análisis de las decisiones que pueden dar lugar a un acto de corrupción urbanística y se examinan, tanto el provecho que los Ayuntamientos pueden sacar de la corrupción como la falta de control y la dificultad técnica del Derecho urbanístico, como posibles causas de este exacerbado fenómeno.

Teniendo en cuenta todo ello, se analizan las armas de las que goza el Código Penal para combatir esta corrupción urbanística y se determina que estas son suficientes, si bien, deben destinarse más recursos a la prevención. Asimismo, se recomienda efectuar un control más exhaustivo de la labor de los entes locales creando para ello la figura del inspector urbanístico y mejorando el sistema de financiación de las entidades locales.

En desarrollo del delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, al cual se hace referencia en el capítulo que se acaba de referenciar, se encuentra el capítulo 4, autoría de Garrocho Salcedo y denominado *El buen gobierno del territorio: una aproximación al delito de prevaricación urbanística*. Destaca de este la profundización en las distintas fases del proceso urbanístico. Así, se analiza tanto la tipicidad en la fase consultiva, donde los expertos informan sobre si debe o no aprobarse un determinado proyecto urbanístico; como la tipicidad en la fase decisoria, donde se resuelve la aprobación o denegación de los respectivos proyectos e instrumentos urbanísticos. Asimismo, se incluye un estudio de la modalidad de comisión omisiva de este delito, la cual aparece al silenciar las diferentes infracciones constatadas y al omitir la realización de las inspecciones que obliga la Ley.

De todo ello se concluye, como ya se ha indicado, que el problema de la corrupción urbanística y, en este caso, concretamente de la prevaricación urbanística, no es la ausencia de instrumentos penales para luchar contra ella. En este concreto ámbito, las dificultades en su lucha tienen su origen en tres factores: primero, la pluralidad de actores en las diferentes fases del proceso, lo cual puede provocar problemas de individualización de la responsabilidad penal; segundo, la necesidad de acreditar el dolo de los diferentes actores, ante lo que debe especificarse con mayor profundidad los conocimientos que deben exigírseles; y tercero, la contratación temporal y precaria que impide la adecuada labor de quienes deben impedir que se cometan estas irregularidades.

En segundo lugar, se encuentran una serie de capítulos destinados al estudio de fenómenos concretos dentro de la amplísima materia que es la corrupción. El primero de ellos, siguiendo el orden de la monografía, es el denominado *Corrupción política del injusto e indultos por delitos de corrupción pública*, obra de Doval País. El autor nos propone un juego de palabras en el cual se resume su análisis. Por un lado, estudia el uso que se ha realizado de la figura del indulto por los diferentes gobiernos, tanto de manera cualitativa como cuantitativa. De ello se concluye que, tanto la amplia utilización del mismo hasta hace unos años, como la proliferación de indultos que resultaron ser muy mediáticos, entre otros, los concedidos a los Mossos d'Esquadra condenados por torturas o al capitán y al comandante del Yak 42, han corrompido la razón de ser de esta institución.

Por otro lado, analiza los indultos aplicados a los casos de corrupción pública a fin de determinar si se han utilizado para crear lagunas de impunidad en la práctica política. En este sentido, tras comparar la proporción de indultos aplicados para diferentes clases de delitos, concluye que, en efecto, el ámbito de la corrupción ha

sido en el que más indultos se han concedido, lo cual no viene sino a afirmar la conclusión previamente alcanzada de que se ha corrompido la figura de este.

Así, finalmente, el autor determina que es necesaria una reforma de esta institución que afirme, por un lado, la obligación de motivar las razones de justicia, equidad e utilidad pública de la concesión del indulto para el caso concreto y, por otro lado, que disponga la necesidad de que el tribunal sentenciador revise y constate la existencia de estas circunstancias y que exija al Gobierno dar cuenta de los indultos concedidos.

El segundo de los capítulos de la monografía y, asimismo, de la sección que ahora se analiza, es el escrito por Bacigalupo Saggese, denominado *Tendencias de política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos*. Aunque este texto analiza la inercia político-criminal en materia de delitos transfronterizos, sus conclusiones se pueden extender al conjunto de corrupción e incluso a los delitos económicos en el marco empresarial.

Debe destacarse la apelación que la autora realiza a la prevención como herramienta más adecuada y eficaz para la luchar contra la corrupción transfronteriza, habida cuenta del carácter excepcional y de última ratio del Derecho penal. Así, se concluye que es ineludible la promoción de una cultura de cumplimiento normativo basada en la gestión responsable y en la orientación más allá de la mera cuenta de resultados (p. 72). De esta manera, debe impulsarse y exigirse una mayor transparencia y rendición de cuentas por parte de los actores económicos transfronterizos. En aplicación de todo lo defendido, la autora propone un mayor desarrollo y promoción de los *whistleblowers* y las *hotlines* dentro del ámbito del *compliance*, la promulgación de una Ley de protección al denunciante de casos de corrupción y la regulación legal de la actividad de *lobby*.

El tercero de los capítulos de esta sección, y quinto de la monografía, es el denominado *Nuevas tendencias sobre el delito de blanqueo: ¿antebanqueo?, delito fiscal, blanqueo de capitales y regularización tributaria*, autoría de Castro Moreno. El análisis que en este se realiza dista de la mayoría de los estudios que se pueden encontrar en el resto de capítulos de la obra. El autor denuncia los excesos del legislador en materia de blanqueo de capitales al resultar punibles conductas como el antebanqueo y el blanqueo descubierto a partir de la regularización tributaria procedente de la famosa amnistía fiscal de 2012.

De una parte, se denuncia la sanción de conductas previas a la comisión del delito base del blanqueo de capitales, como puede ser la creación de empresas pantalla para la comisión del mismo, sin que el Código Penal establezca la tipicidad de los actos preparatorios del delito de blanqueo. Por tanto, se concluye que la punición del antebanqueo no es más que la proyección del ansia punitiva del legislador en este ámbito.

De otra parte, el autor, de acuerdo con la dicción que del art. 301 CP ha provocado la LO 7/2012 de 27 de diciembre de reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, afirma que se otorga “a la regularización tributaria naturaleza jurídica de causa de atipicidad (sobrevvenida)” (p. 150), siendo así que el legislador considera a la regularización tributaria como un “acto de pleno retorno a la legalidad” (ibídem). Así, se alcanza la misma conclusión que para el caso del antebanqueo pues, al haber realizado la correspondiente regularización tributaria, no existe delito de blanqueo de capitales.

El último de los capítulos de la sección que se está analizando es el escrito por Corral Escariz, denominado *Las oficinas de recuperación de activos como instrumentos de lucha contra el crimen organizado y la corrupción*. En este texto, el autor, en primer lugar, realiza un recorrido por los diferentes instrumentos y estrategias de lucha contra la corrupción promovidas hasta la fecha tanto por la Unión Europea como por España. Posteriormente, se apela a la armonización legislativa, el reconocimiento mutuo y la cooperación internacional como los tres pilares para una efectiva lucha contra el crimen organizado y la corrupción.

En este sentido, finalmente, se concluye que, aunque España ha implementado todas las reformas que a nivel supranacional se le han exigido, debe desarrollarse “la arquitectura institucional necesaria para la ejecución de todo el acervo legislativo” (pp. 195-196). Como ejemplos de mejoras a realizar, se recomiendan dos reformas. Por un lado, la revisión de la distribución de competencias entre los diversos organismos al efecto al hallarse muchas de ellas solapadas y duplicadas. Por otro lado, ubicar la ORGA (Oficina de Recuperación y Gestión de Activos) dentro del ámbito del Ministerio Fiscal, aspecto en todo caso polémico por el carácter de defensa del interés general y no específicamente investigador del mismo.

En tercer lugar, en la tercera sección relativa al análisis de los ordenamientos penales noruego e italiano en materia de corrupción, se encuentran los capítulos séptimo y octavo. Estos dos textos presentan las dos caras de la moneda en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Por un lado, el primero de ellos analiza el sistema noruego y lo presenta como un modelo a seguir, mientras que, por otro lado, el segundo analiza el caso de Italia identificando numerosos errores que impiden que exista un combate eficaz contra la corrupción en dicho país.

Como se acaba de mencionar, el capítulo séptimo estudia el sistema penal noruego en materia de corrupción y se denomina *La respuesta del Derecho Penal Noruego a la corrupción: un modelo a seguir*, obra de Otero González. La autora presenta el entorno noruego como muy propenso a la corrupción debido a la elevada importancia de la industria petrolera y a la necesidad de intercambios comerciales con muchos países, los cuales se caracterizan por mostrar cierta corrupción endémica, todo ello siendo agravado, como es lógico, debido a la globalización.

Sin embargo, lejos de representar un problema, estas circunstancias han avivado la preocupación del legislador noruego por la corrupción provocando la implementación de diversas reformas orientadas a la regulación extensa y profunda de la corrupción empresarial. De la misma manera, se está realizando un amplio esfuerzo para no dejar impunes casos de cohecho internacional que son perfectamente impunes en los países con los que este país comercia.

Tan elevado es el nivel de esta lucha que incluso han surgido diversas críticas en la doctrina denunciando el papel del Fiscal del Distrito, el cual debido a sus competencias para investigar y acusar, ha contribuido a que, en la práctica, se haya invertido la carga de la prueba en estos procesos. En este sentido, también han surgido críticas en relación con la elevada discrecionalidad de la que gozan los jueces en el cálculo de la pena debido a la extremada indeterminación de la misma.

No obstante, aunque, como se acaba de mencionar, han surgido algunas críticas a la regulación noruega en la lucha contra la corrupción, la autora defiende que esta es un ejemplo para la legislación española. Para demostrar la certeza de esta afirmación compara el sistema noruego con el español determinando que, además de numerosas reformas, como pueden ser el fraccionamiento de macrocausas, la dotación de autonomía e independencia *ad intra* y *ad extra* al

Ministerio Fiscal o el aumento del control financiero y contable de la inversión pública; lo más importante y lo que nos diferencia de Noruega, no deja de ser la ausencia de “una estrategia global” (p. 248).

En total contraposición con lo expresado en el capítulo anterior se encuentra el último texto de la monografía, obra de Viganò y que tiene por nombre *Los delitos de cohecho en el ordenamiento italiano de lege lata y ferenda*. A lo largo de todo el artículo, el autor analiza el sistema penal y las sucesivas reformas de 2012 y 2015 determinando que estas no han conseguido dotar al ordenamiento italiano de la necesaria plenitud y coherencia.

En este aspecto, se identifica como el principal problema del sistema italiano la existencia del delito de “concusión”, el cual impide la diferenciación entre el cohecho y el tráfico de influencias, ante lo que se determina que se deben calificar “sin ambigüedades todos los pagos ilegales de los particulares a los funcionarios como delitos de cohecho” (p. 267). De esta forma, sólo restaría determinar con precisión los casos de exclusión de pena para quien ilegalmente abona una cantidad al servidor público. Al fin y al cabo, el autor aboga por suprimir la legislación creada a partir de casos de laboratorio y comenzar a legislar sobre casos estadísticamente más frecuentes.

En atención a todo ello, de esta obra se concluye que es el ámbito de la prevención en el que deben implementarse más mejoras. La mayoría de textos de la presente monografía coinciden en que la represión de los delitos de corrupción se halla garantizada, a excepción de algunas medidas a implementar, si bien, el verdadero problema en este ámbito se halla en la ausencia de una cultura de cumplimiento normativo y una estrategia global que permitan prevenir la comisión de estos delitos.

En el ámbito de la estricta prevención y tomando como ejemplo positivo el ordenamiento penal noruego y como ejemplo negativo el sistema penal italiano, se recomienda que se implementen sistemas de control a las administraciones locales que garanticen: primero, el uso racional de los recursos públicos; segundo, que los funcionarios públicos se hallan perfectamente formados para la labor que han de realizar; y tercero, la ineludible transparencia. De la misma manera, se aboga por la limitación y racionalización de la figura del indulto, la promulgación de una Ley de protección al denunciante de corrupción y la adecuada distribución de las competencias y funciones entre el conjunto de organismos públicos a fin de evitar la duplicación y el solapamiento de competencias.

Por otro lado, en relación con la necesaria prevención, también debe destacarse la postura de Castro Moreno, frontalmente contraria a la utilización del Derecho penal para una punición desmesurada. Sus reflexiones en torno al blanqueo y el blanqueo descubierto a través de la regularización tributaria demuestran que el foco debe posarse en la prevención, pues en el ámbito represivo, el Derecho penal español goza de todas las herramientas necesarias para castigar los delitos de corrupción.

En consecuencia, esta obra, a través del desarrollo de las reflexiones incluidas en la publicada en 2016 bajo el nombre de *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción pública y privada*, ofrece un análisis mucho más detallado de diferentes delitos y aspectos dentro de la corrupción. Y es que, únicamente a través de un estudio detallado y pormenorizado como el que propone esta monografía, es posible articular medidas concretas de combate contra la corrupción, más allá de las habituales vagas alusiones a la prevención y la transparencia.

Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals.

Lobba P., Mariniello T. (eds.)
(2017) Brill / Nijhoff
Leiden – Boston, 304 pp.

Jorge Rodríguez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid
jorgro04@ucm.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4180>

La interrelación entre la justicia penal y la protección de los derechos humanos no es algo nuevo; como tampoco lo es la afirmación de que ambos campos del Derecho se necesitan mutuamente para una eficaz implementación de sus funciones, ya sea en un campo o en otro. Y lo es por la simple razón de que son dos áreas interrelacionadas por la naturaleza de las normas que los tribunales, de uno y otro sector del ordenamiento jurídico (internacional), aplican cotidianamente.

Recientes acontecimientos ponen de manifiesto que el simple buen funcionamiento de la justicia penal (ya a nivel interno, ya a nivel internacional) es una cuestión propia de derechos humanos. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia cerraba sus puertas el pasado 31 de diciembre de 2017 tras 23 años de intensa actividad penal... y de protección de derechos humanos pues, efectivamente, este órgano judicial implementaba el derecho de todas las víctimas a un juicio justo después de las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. Del mismo modo, a finales de noviembre de 2017 el Tribunal Oral y Federal N°5 de Buenos Aires condenaba a cadena perpetua a los responsables de los *vuelos de la muerte* cometidos durante la dictadura de las Juntas Militares en Argentina. Aquí, no solo podemos hablar de justicia en términos penales, sino igualmente de aplicación de los derechos humanos más básicos a la justicia, la reparación y a la verdad (este último, de hecho, protagonizará uno de los capítulos de la obra que aquí tengo el honor de reseñar) de las víctimas de estos hechos.

Como vemos, este diálogo entre tribunales no es baladí; más aún, es necesaria una profunda reflexión que llame la atención del modo en el que consolidados estándares internacionales en protección de derechos humanos puedan ser aplicados por tribunales penales internacionales. Precisamente, a estas inquietudes responde la obra colectiva *Judicial Dialogue on Human Rights. The*



Practice of International Criminal Tribunals, editada por Paolo Lobba y Triestino Mariniello, en el que colaboran quince juristas de contrastada experiencia profesional, lo que ya avanza la calidad y repercusión del libro.

La obra aborda sin ambages las principales ventajas e inconvenientes que se derivan, y se podrían derivar en un futuro, de este diálogo judicial entre tribunales penales internacionales y de protección de derechos humanos. Tomando como referencia central a lo largo del libro la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en lo referido a la práctica de estos últimos, los autores, desde distintas aristas, se preguntan por temas que son indispensables abordar en lo que se refiere a la “*cross – referencing*” o “*cross – fertilisation*” (diferentes conceptos que son abordados y definidos por Julia Geneuss, en el capítulo segundo), como son, entre otros: la posibilidad de que aparezcan discrepancias sobre la interpretación del mismo derecho dentro del TEDH y los tribunales penales internacionales, a qué podría deberse la aparición de estas mismas discrepancias, o hasta qué punto contamos con jurisprudencia de tribunales de derechos humanos en sentencias de tribunales penales internacionales.

Para acometer esta interesante tarea, la obra se divide en cuatro partes, dando una visión general y a la vez entrelazada de la cuestión a analizar. La primera parte corre a cargo de Sergey Vasiliev, Julia Geneuss y Christoph Burchard. En ella se desgrana desde un punto de vista teórico el concepto de *diálogo judicial* y los motivos (muchas veces discrecionales o, simplemente, por puro pragmatismo) que se encuentran detrás de este. A este respecto, Sergey Vasiliev desgranada aquellos parámetros que los tribunales penales internacionales deben tener en cuenta a la hora de referirse a la jurisprudencia del TEDH. Julia Geneuss propone que, con la intención de reducir cualquier riesgo de una posible decisión arbitraria, los tribunales penales internacionales deben “traducir” las sentencias del TEDH a lo que podemos denominar como “lenguaje penal”. De este modo, no solo se evitarían posibles incumplimientos de los principios que son propios del sistema penal, sino que de forma fehaciente se apliquen los conceptos legales propios del sistema de protección de derechos humanos al sistema penal internacional. Por su lado, Christoph Burchard analiza la cuestión del diálogo judicial desde un punto de vista del derecho comparado; a él se referirá para aludir a los posibles beneficios que tendrá la remisión de los estándares en derechos humanos por parte de los tribunales penales internacionales.

La segunda parte versa sobre aspectos de índole más práctica, como la interpretación y aplicación del artículo 21.3 del Estatuto de Roma, al cual, muy pertinentemente dado el tema de la obra, se le dedican dos capítulos; debido a que, recordemos, esta disposición permite a la Corte Penal Internacional (CPI) “la aplicación e interpretación del derecho (...) compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Volker Nerlich analiza, *inter alia*, la posibilidad de que esta disposición autorice a la CPI para valerse de la jurisprudencia de organismos internacionales y regionales, legislación y jurisprudencia nacionales e, incluso, *soft law*, como las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. Por su parte, para Christophe Deprez, el artículo 21.3 funciona como una suerte de mandato a la propia CPI para que implemente este diálogo judicial en materia de derechos humanos; con especial relevancia al TEDH, pero no en exclusiva. Y es que, la aplicación de este artículo, como bien afirma este autor, pudiera ser la única manera en la que la CPI pudiera verse jurídicamente vinculada por estándares de derechos humanos en materia de, por ejemplo, derecho a la vida, derecho a un juicio justo, derecho a un recurso efectivo, derecho a la libertad o derecho a la protección de la vida familiar.

Como última contribución a esta segunda parte de la obra, Frauke Sauerwein realiza un detallado análisis de la relación entre el TEDH y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que da muestras de la influencia que durante todo su período de actividad aquel tuvo para este. Aportando aquí únicamente una muestra meramente estadística de todos los datos anotados y analizados por la autora, a 2014 el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia había mencionado a la jurisprudencia de Estrasburgo (no al Convenio Europeo de Derechos Humanos) en 43 sentencias, 139 decisiones y 30 votos particulares.

En la parte tercera, se plantean ejemplos concretos de diálogo judicial en temas de derechos humanos relacionados con la actividad penal. Damien Scalia analiza el sentido del principio *nulla poena sine lege* en las jurisprudencias y estatutos de los tribunales penales internacionales y el modo en el que este ha sido entendido por el TEDH. Por su parte, una interesante conexión entre el principio de legalidad, la culpabilidad penal y la necesidad de una nueva dogmática penal internacional nos es presentada por Giulio Vanacore. En opinión de este autor, sería más que deseable una unión de todos los sistemas penales nacionales en aras de crear teorías ampliamente aceptadas por una generalidad de Estados para interpretar de forma conjunta y unitaria el Estatuto de Roma. En el tercer capítulo de esta parte, Alice Riccardi analiza el diálogo protagonizado por el TEDH y los tribunales ad hoc en materia de rehabilitación del infractor; esta interacción entre tribunales se ha dado en tres distintas modalidades estudiadas por la autora en su contribución a la obra.

La tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes cierran, con dos capítulos, esta tercera parte. Por un lado, Elena Maculan nos muestra el modo mediante el cual los tribunales penales internacionales *ad hoc* han utilizado las sentencias del TEDH y de otros tribunales de derechos humanos en la definición de la tortura, algo que realizan en aras de obtener mayor legitimidad en sus decisiones e, igualmente, con el ánimo de completar su propia jurisprudencia. No obstante, como bien afirma la autora, la metodología utilizada para realizar esta remisión no siempre es acometida de manera que se respeten ciertos principios estructurales inherentes al funcionamiento de los sistemas penales internacionales.

Por el otro, Elizabeth Santalla Vargas diserta también acerca de la definición de tortura y su inclusión dentro de los crímenes de guerra y lesa humanidad por parte de la CPI, así como la posible aplicación del principio *ne bis in ídem* a estos efectos; todo ello, con la jurisprudencia del TEDH como telón de fondo.

Como cierre de la obra, la cuarta y última parte nos muestra los efectos que la utilización de la fertilización cruzada tiene para el principio de legalidad en el procedimiento penal. Yvonne McDermott realiza un acertado y útil estudio sobre la aplicación en tribunales penales internacionales de jurisprudencia TEDH sobre estándares en protección de los derechos de los acusados. La autora enfatiza aquellas situaciones en las que el uso de testigos ante el tribunal pueda violar el derecho de defensa del acusado. En el segundo capítulo de esta cuarta parte (el decimotercero del libro), Yael Vias Gvirsman analiza lo que en su opinión fue una mala aplicación de los estándares del TEDH en materia de “testimonios indirectos” (o no confirmados), aplicados en el caso *Al Khawaja and Tahery c. Reino Unido*, en la sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona que declaraba culpable a Charles Taylor por crímenes de guerra. Y es que, como bien se recoge y examina detenidamente, los derechos del acusado son conculcados en aquellos casos en los que el tribunal, habiendo basado su decisión únicamente en el testimonio de testigos, no permita al acusado confrontar o corroborar tales testimonios en ningún momento del procedimiento.

De su lado, Paolo Caroli se pronuncia acerca del derecho a la verdad; haciendo referencia concretamente a su primera mención dentro de la CPI. Este derecho, en plena construcción jurídica, no solo forma parte ya de la jurisprudencia del TEDH, o de otros tribunales regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (esta con un protagonismo en este particular muy superior a su homólogo europeo), sino que su mismo periplo por el campo de los derechos humanos fue iniciado dentro de la práctica de órganos de protección tanto convencionales, como no convencionales de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. En efecto, como bien apunta este autor, la mención al derecho a la verdad por parte de la jueza de la CPI, Sylvia Steiner, en una decisión de 2008 del caso *Katanga y Ngudjolo*, puede significar un posterior desarrollo jurisprudencial de este derecho dentro del Derecho Penal Internacional; algo que, sin duda, supondrá un agradecido avance en la protección de los derechos de las víctimas.

Continuando con los derechos de las víctimas, y a modo de cierre de esta parte y del mismo libro, Kerstin Braun analiza un caso concreto que, en sus palabras, pudiera ser denominado más como *self – fertilisation*, que como *cross – fertilisation*. Ello debido al (mal) uso de la jurisprudencia del TEDH, en lo referido a la posible participación de la víctima en ciertas fases de la investigación penal. Y es que, los casos Berger c. Francia y Perez c. Francia sirvieron para justificar este mismo derecho procesal de las víctimas dentro del procedimiento ante la CPI; derecho, cuya existencia, si nos detenemos en la letra del Estatuto de Roma, pudiera ser más que discutible.

En definitiva, esta obra supone una referencia indispensable para cualquier experto en el análisis de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y de protección de derechos humanos. Su detallado análisis sobre todas las cuestiones que, de una manera u otra lindan con el objeto de su estudio, invita a su detenida lectura. Y no solo a los que de una manera teórica nos dedicamos al estudio del Derecho Internacional – Derecho Penal Internacional, sino para quienes estén relacionado con él/ellos desde un punto de vista más práctico.

Antonio Gramsci: Escritos (Antología).

César Rendueles (ed.)
(2017) Alianza Editorial
Madrid, 424 pp.

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Autónoma de Madrid
ricardo.cueva@uam.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4181>

Siempre produce ciertos reparos hacer reseñas sobre la obra, aunque sea bajo la forma de compilación, de autores cuya talla indiscutible nos hace diminutos y con escasos elementos que oponerles. Uno de esos grandes fue sin duda Antonio Gramsci, creador de numerosas páginas que nos siguen sorprendiendo y hombre “total”, en el sentido de persona en posesión de numerosos saberes, interesado por la filosofía y por la práctica política, pero también por el arte y la literatura, el lenguaje y la educación. Su obra abarca, en realidad, una serie de escritos incluidos en periódicos y cartas, y por tanto aparece en gran parte como fragmentaria, difícil de abarcar y, dicho sea de paso, impublicable hasta ahora por editor de lengua castellana alguno, puesto que no existe una recopilación completa de sus textos.

Es verdad que los esfuerzos por verterlos a nuestra lengua datan de muy atrás. Diversos divulgadores latinoamericanos, por ejemplo, contribuyeron a través de las editoriales Latauro, Nueva Visión, Era o Pasado y Presente, y también es cierto que en España el profesor Manuel Sacristán fue el primero que se inclinó decididamente por difundir la obra del sardo, habiendo publicado en 1970 su famosa Antología, reeditada hasta día de hoy, y que ha sido referencia constante en los comentarios sobre Gramsci. A su vez, Francisco Fernández Buey, en buena parte discípulo suyo (y que formaría y animaría un amplio grupo de investigadores con parecidos intereses e inquietudes), también serviría de introductor en España de Gramsci, merced a trabajos tan estupendos como *Ensayos sobre Gramsci* (Materiales, 1978) o *Leyendo a Gramsci* (El Viejo Topo, 2001).

A día de hoy, pues, se puede hablar de un número bastante elevado de estudiosos del pensador italiano, tanto en España como en otros países, pero faltaba algún volumen que le fuera útil a quien deseara iniciarse en Gramsci, que recogiera algunos de sus trabajos más significativos y que añadiera aclaraciones, notas y un glosario pertinentes: en suma, un libro que pudiera conectar con las nuevas generaciones sin que fuera en detrimento de la adquisición de un panorámica acertada sobre la obra de aquél. Tal cosa ha ocurrido, afortunadamente, con la recopilación de César Rendueles editada por Alianza. Siguiendo así a otras que han abordado el marxismo (por ejemplo, la que versa sobre *El Capital*, también reciente y

del mismo compilador), la editorial ha apostado por añadir otro apuntalamiento al creciente interés de los últimos años por Antonio Gramsci, su figura y su obra, y Rendueles ha realizado un esfuerzo relevante y digno de encomio al ofrecernos las páginas que aquí quiero reseñar. Teniendo en su haber otros destacables libros de autoría propia, como fueron los de *Capitalismo canalla*, *Sociofobia* o *En bruto*, amén de bastantes en colaboración, no resulta nada sorprendente que los resultados de su tarea se encuentren a la altura de sus insignes predecesores ya citados.

La Introducción, al respecto, no puede comenzar con mejor pie. Rendueles deja muy claro que Gramsci nunca se abandonó a estética alguna de la derrota, que mantuvo propósitos científicos y políticos diáfanos y que, sobre todo en el campo de la Historia, creó un campo de referencias ineludibles. Los apuntes biográficos que siguen resultan muy clarificadores para quien desee sumergirse en su obra: la familia de Gramsci se vio arrojada a la pobreza de forma intempestiva tras el encarcelamiento del progenitor por causa de una presunta irregularidad administrativa y el hermano mayor, Gennaro, introduciría a Antonio en el ámbito ideológico del Partido Socialista Italiano. Después, nuestro autor trató de compaginar trabajo y estudios con mucho tesón, alcanzando la universidad al tiempo que coqueteaba con la militancia política. Sin embargo, nunca culminaría sus estudios superiores, que completaría sobradamente como autodidacta pero que nunca desembocarían por tanto en la obtención de un título superior, dando por cesada su carrera en 1915. No ocurriría lo mismo, de todas formas, con su vocación política. Muy influido por el hegelianismo de Benedetto Croce inicialmente, y comprometido como estaba con lo que entendía como labor de secularización, en 1914 se afiliaría al Partido Socialista tras un breve período cercano al liberalismo.

Su abandono de la universidad, asimismo, redundó en una época muy fructífera y repleta de colaboraciones con publicaciones de izquierdas de la época, fundando en 1919 y con otros compañeros el periódico *L'Ordine Nuovo*. En ese año y el siguiente se produjo en Turín el denominado “bienio rojo” (*bienio rosso*), durante el cual hubo huelgas, ocupaciones de centros fabriles e incluso movilizaciones del campesinado. Los consejos de fábrica emergidos con estos acontecimientos fueron percibidos por Gramsci y los suyos como la oportunidad de iniciar una experiencia similar a la soviética, una forma de “autogobierno proletario” (p. 17: Rendueles), pese a no contar siquiera con el beneplácito de la plana mayor del Partido Socialista. Esta postura provocaría precisamente, así, que el sardo y sus compañeros formasen en 1921 el Partido Comunista de Italia, escindiéndose del PSI.

Lo que vino después, sin embargo, resultaría sumamente destructivo para los propósitos gramscianos: el ascenso del fascismo recalaría en la célebre marcha de Roma de Mussolini y sus acólitos en octubre de 1922. Gramsci se encontraba de estancia en Moscú entonces, enviado por el Partido Comunista Italiano, que aparecía entonces como una fuerza escasamente poderosa como para enfrentarse a la nueva amenaza; pero el sardo presentó batalla. Así, y habiendo regresado a su país, se instalaría en Roma tras haber conseguido ser elegido diputado y se pondría manos a la obra para oponerse a la escalada fascista (pp. 18 y 19: Rendueles). La inmunidad parlamentaria, sin embargo, no impidió su encarcelamiento y posterior destierro a la isla siciliana de Ustica (p. 19: Rendueles), para ser juzgado y finalmente condenado en 1927 por veinte años, y falleciendo posteriormente en 1937 (p. 20: Rendueles).

Lo llamativo, sin embargo, es que pese a sufrir ese largo período de prisión, salvaje, atroz e injusto, no dejaría de escribir durante su estancia carcelaria. Gramsci fue organizando, de hecho, un auténtico plan de trabajo que tomaba progresivamente consistencia (p. 20: Rendueles) aunque fuera truncado por su fallecimiento prematuro, muerte precipitada sin duda por las penosas condiciones carcelarias que

debieron de agravar su quebradiza salud. Sus “Cuadernos de la cárcel”, recopilados parcialmente en el volumen, han sido así siempre referencia para los estudiosos de su obra y contendrían varias de sus mejores intuiciones y pensamientos, pese a la vigilancia censora de sus carceleros (p. 21: Rendueles).

Al respecto, la selección de la esforzada obra de Gramsci por Rendueles resulta excelente a todas luces. Sus artículos periodísticos (aunque tal denominación no haga justicia en absoluto a su precisión e inteligencia) abarcan unas 160 páginas del libro, y los cuadernos casi otras 200, consiguiendo un cierto equilibrio entre los dos principales períodos abordados.

El primero de ellos parte de la crítica modernizadora de Gramsci, que como bien indica Rendueles de nuevo en la Introducción, se oponía a las corrientes del catolicismo reaccionario y entendía que el marxismo y el comunismo eran una prolongación de los ideales ilustrados (p. 16: Rendueles), pero que tal extremo no suponía una mera transmisión de saberes enciclopédicos, sino que incluía un proceso de autoconsciencia crítica que empoderaba al individuo intelectualmente y le hacía superar una posible indiferencia ante el momento histórico que pudiera vivir (pp. 34 y 35: Rendueles). Se trata, como bien señala el compilador en la cabecera de este apartado, del “socialismo como proyecto ilustrado” (p. 33: Rendueles), y en él se introducen escritos capitales al respecto, iniciando la sucesión de selecciones de la obra, cada una de ellas encabezada por un breve estudio introductorio del autor y un título que circunscribe su contenido.

La siguiente se denomina “La revolución y la reformulación del materialismo histórico”, y en ella ya aparece Marx como objeto de estudio esencial: Gramsci pone de manifiesto desde fecha muy temprana que la interpretación mecanicista del marxismo resulta rechazable, pues la espera del estadio correspondiente para la revolución (el momento en que el desarrollo de las fuerzas productivas entraría en contradicción con el modo de producción capitalista) no podía observarse de manera determinista, como bien había demostrado la emergencia bolchevique en Rusia. De este modo, tampoco Italia “o cualquier otro país “atrasado” (por escasamente industrializado) debían de pasar obligatoriamente por un proceso de modernización burguesa (p. 59: Rendueles).

La tercera parte del volumen, sobre el “bienio rojo”, aborda uno de los aspectos más atrayentes de la indagación gramsciana, a saber, la inserción de la democracia en el corazón del sistema capitalista, el centro de trabajo, y que se hallaba en contraposición con la libertad política que podía reinar en otras esferas más o menos públicas frente a esta de carácter netamente “privado”.

La cuarta aborda el ascenso del fascismo y va precedida por una detallada narración sobre los acontecimientos que impidieron la actividad de la oposición a Mussolini, y más en concreto la desarrollada por el Partido Comunista de Italia. Pese a todo su talento y capacidad de observación, Gramsci creyó que el fenómeno fascista iba a ser efímero y a extinguirse de manera más rápida y menos traumática a como finalmente lo hizo: y sin embargo, el que fijara su atención en las clases medias (urbanas y rurales, p. 151) suministra interesantes elementos de reflexión incluso para nuestros días. Gramsci ya está viendo en esta fase de su escritura la posibilidad de acoger de manera firme en las filas del partido y de la movilización a sujetos procedentes no estrictamente del proletariado, lo que él denominaba “masa trabajadora” (p. 166). Las “tesis de Lyon” (pues así se llamaba este documento recogido en la compilación y presentado por su autor al PCI en 1926: 142, nota del comp.) conducían a la táctica del “frente único” antifascista (p. 170: Gramsci), que intentaba conjugar todas las fuerzas de izquierdas (reformistas o revolucionarias, y

de acuerdo con lo establecido en la III Internacional en 1921) contra la amenaza que se cernía en Europa, y más en particular en el caso, en Italia.

La segunda parte del libro es la que contiene algunos de los citados “Cuadernos de la Cárcel”, finalmente, y se divide en cinco segmentos de estudio que dan buena cuenta del esfuerzo gramsciano bajo penosas condiciones. De hecho, reúnen varios de los mejores hallazgos del autor y que todavía resuenan hoy en los debates y discusiones políticos, a saber, “hegemonía”, crisis orgánica, “transformismo”, “revolución pasiva”... Su punto de partida era una disección más aguda de la que había mantenido el marxismo al uso acerca de la noción de ideología. Para Gramsci, como bien subraya Rendueles, las luchas ideológicas no estaban determinadas “en ningún sentido evidente o inmediato por los procesos económicos generales”(p. 197), así que la denominación de “bloque histórico” le servía para designar ese modo específico de entremezclarse que en un momento dado mantenían las fuerzas productivas y el conglomerado cultural e intelectual de la sociedad (pp. 202 y 203: Gramsci), y la hegemonía era “la base social de un régimen político”, que establecía los límites de su legitimidad, “las reglas del juego social de un modo ampliamente aceptado”. De esta última manera, además, “las élites crean y ejercen la hegemonía explorando las posibilidades de gestión de las relaciones de producción (...) y de las instituciones que articulan los vínculos sociales: la familia, la Iglesia, la escuelas...” (p. 197: Rendueles). La conclusión que resulta de todo esto es la de que superestructura y estructura se mueven a distinta velocidad, “las relaciones de producción cambian lentamente mientras que las leyes, los gobiernos, las ideologías o la cultura tienen un *tiempo* mucho más vivo” (p. 198: ídem).

La acuñación de las “crisis orgánicas” es otro asunto que surge en las siguientes páginas. Para Gramsci “los fenómenos orgánicos producen una crítica sociohistórica que afecta a grandes agrupaciones, más allá de las personas inmediatamente responsables y más allá del personal dirigente”, frente a los movimientos “de coyuntura” (que no poseen gran alcance histórico y que producen solo una crítica menor, y que afectan únicamente a pequeños grupos de dirigentes, p. 204: Gramsci).

En este sentido, la “sociedad civil” cobra especial importancia en el pensamiento gramsciano, puesto que es un terreno en que se puede disputar la hegemonía y donde se debe construir legitimidad a través de un movimiento democrático de masas (pp. 237 y 238: Rendueles). Tal es el sentido de la (malinterpretada a menudo) “guerra de posición”, con la cual puede agruparse a los “grupos subalternos” (subordinados a la hegemonía previa, véase también 265 Gramsci), sumando enclaves de conquista (pp. 238: Rendueles, 246 y 247: Gramsci).

El siguiente grupo de cartas (“Sentido común, intelectuales y cultura democrática”), apunta a la raíz de la conciencia democrática de Gramsci. “Una vez demostrado que todos los hombres son filósofos”, toca observar cómo puede llegarse hasta el segundo momento, el de la crítica y la conciencia, preocupación ya entrevista líneas atrás en esta reseña, y que implica que “criticar la concepción propia del mundo significa, pues, hacerla unitaria y coherente y elevarla hasta el punto al cual ha llegado el pensamiento mundial más adelantado”, pues “no se puede ser filósofo en el sentido más inmediato y literal, o sea, tener una concepción del mundo críticamente coherente, sin la conciencia de la historicidad de la fase de desarrollo que representa” (p. 274: Gramsci). “El que una masa de hombres sea llevada a pensar coherentemente y de un modo unitario el presente real es un hecho ‘filosófico’ mucho más importante y ‘original’ que el redescubrimiento, por parte de algún ‘genio’ filosófico, de una nueva verdad que se mantenga dentro del patrimonio de pequeños

grupos intelectuales” (p. 276: Gramsci). Tal era el objeto de la “filosofía de la práctica” (p. 283. Gramsci).

Otro concepto que utiliza Gramsci en sus escritos de la prisión es el de la “revolución pasiva”, que ocupa buena parte del penúltimo apartado del volumen. Se trata de la denominación que otorga a fenómenos en los cuales la burguesía pasa a ser retaguardia en la Historia. Así, y en un primer instante (pensemos en la revolución francesa), esta clase social intenta presentar su proyecto como universalizable y consigue apoyo suficiente entre diversos sectores con el fin de obtener la hegemonía correspondiente (p. 335: Rendueles). Pero puede ocurrir también otro fenómeno, y es el de que conquiste el poder preservando estructuras del régimen anterior, al haber forjado alianza con sus principales privilegiados: por ejemplo, en el *Risorgimento*, con los terratenientes y la monarquía (p. 335: ídem), produciéndose así lo que sería una “revolución pasiva” (p. 348. Gramsci, término que reconoce tomar del historiador Vincenzo Cuoco).

Por último, la compilación termina con una serie de cartas de Gramsci acerca de América y los nuevos sistemas de dirección empresarial que percibe se instalan con éxito en el país. El fordismo, así, ha introducido un sistema de disciplina en la mano de obra industrial sumamente novedoso y que hace que los detentadores del poder político queden invisibilizados hasta cierto punto, por ser innecesarios para la gestión directa del capitalismo. Con respecto a este fenómeno, asimismo, el pensador sardo se muestra cauto: por un lado atisba el alto grado de coacción que suponen estos mecanismos (p. 379: Gramsci), pero por otro también la posibilidad de una nueva forma de autodisciplina que podría ser prometedora para la construcción del socialismo (p. 386: ídem).

El recorrido del libro, pues, nos permite sumergirnos en profundidad pero sin pretensiones exhaustivas en el pensamiento del irrepetible sardo. Por supuesto, de sus líneas se desprenden numerosos interrogantes que pienso aún nos rodean, y a veces de manera apremiante. Gramsci deja muchos sin respuesta, debido probablemente a la propia naturaleza de su discurrir, que acapara tensiones de manera valerosa y aunque sepa que resolverlas no es tarea fácil. Así, las existentes entre el partido y las masas, entre revolución y acción inmediata, entre educación y sujeto emancipatorio, determinación económica y voluntad política, estructura y superestructura, Historia y coyuntura, todas ocupan líneas y líneas de una conversación que se mantiene viva y de rabiosa actualidad, hasta el punto de que explicarían el porqué de la resurrección editorial de un legado tan valioso en los tiempos que corren, aunque no puedan dar cuenta del todo del rigor y la probidad que en este caso añade el propio compilador.